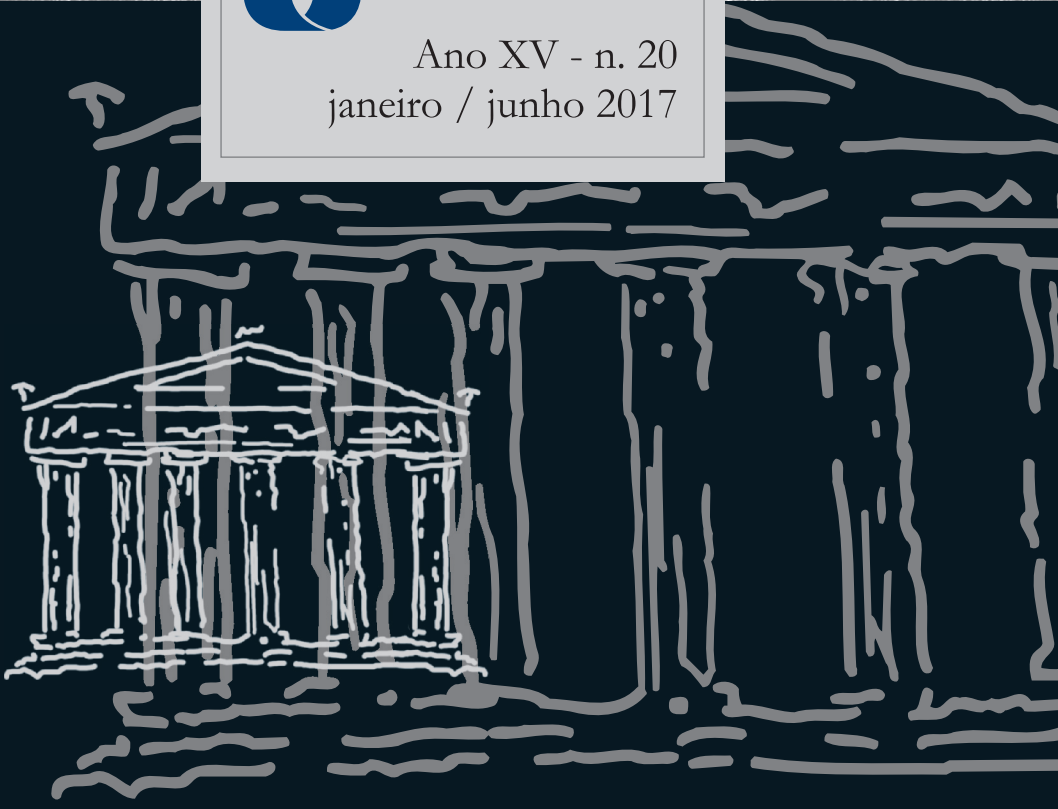


ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano XV - n. 20
janeiro / junho 2017



REVISTA OPINIÃO JURÍDICA

REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2017

Revista Opinião Jurídica
Ano 15, no. 20 (jan./jun. 2017) – Fortaleza:
Unichristus, 2017.

Semestral

ISSN 1806 – 0420
e-ISSN 2447 – 6641

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário
Christus - Unichristus.

CDD 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

Impressão
Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069
Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento01@graficalcr.com.br

Revista Opinião Jurídica
Revista do Curso de Direito da Unichristus, ano XV, n. 20, 2017

Reitor

José Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Administração e Planejamento

Estevão Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Graduação

Mauricio Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós Graduação

Marcos Kubrusly

Pró-Reitor de Extensão

Rogério Frota Leitão dos Santos

Editora-Chefe

Dra. Fayga Bedê

Editora-Adjunta

Me. Ana Luisa Demoraes Campos

Editor-Assistente

Esp. Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso

Editores-Associados

Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, Lisboa – Portugal)

Me. Antonio Torquillo Praxedes (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Me. Diego de Paiva Vasconcelos (UNIR – Porto Velho, RO – Brasil)

Dr. Emerson Gabardo (UFPR – Curitiba, PR – Brasil)

Me. Gustavo Fernandes Meireles (Université d'Évry Val d'Essonne, Évry – France)

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)

Dr. Isaac Costa Reis (UFSB – Porto Seguro, BA – Brasil)

Dra. Leilane Serratine Grubba (CESUSC – Florianópolis, SC – Brasil)

Me. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (UniCEUB, Brasília, DF – Brasil)

Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP – Porto, Portugal/ USP – São Paulo, SP – Brasil)

Dr. Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP – Brasil)

Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU – Uberlândia, MG – Brasil)

Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA – São Paulo, SP – Brasil)

Me. Tércio Aragão Brilhante (AGU – Fortaleza, CE)

Comissão Editorial

Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva (UNICHRISTUS, UECE- Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Alexandre Fernandes Dantas (Universidade Estácio de Sá, UNESA – Rio de Janeiro, RJ - Brasil)

Dr. Altamirando Pereira da Rocha (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia, MG - Brasil)

Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, Lisboa - Portugal)

Dr. Antonio Baptista Gonçalves (Escola Paulista de Política, Economia e Negócios, EPPEN - São Paulo, SP- Brasil)

Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto (USCS- São Paulo, São Caetano do Sul, SP - Brasil)

Dra. Bárbara Silva Costa (Centro Universitário Ritter dos Reis - Porto Alegre, RS – Brasil)

Dra. Cláudia Sousa Leitão (UECE- Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Clóvis Gorczewski (UNISC-Santa Cruz do Sul, RS - Brasil)

Dr. Daniel Francisco Nagão Menezes (Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campinas, SP; UFPR – Curitiba, PR; UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)

Dra. Danielle Annoni (UFSC- Florianópolis, SC – Brasil)

Dr. Diego Richard Ronconi (Universidade do Vale do Itajaí – Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Edson Kiyoshi Nacata Junior (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte, MG – Brasil)

Dra. Elaine Harzheim Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS – Brasil)

Dr. Élcio Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Dr. Emerson Gabardo (UFPR- Curitiba, PR - Brasil)

Dra. Érika Pires Ramos (UEPB/ UNISANTOS/UNIMEP- São Paulo, SP - Brasil)

Dr. Etienne Picard (PARIS I – SORBONNE – Paris, France)

Dr. Everton das Neves Gonçalves (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido (UFMG- Belo Horizonte, MG - Brasil)

Dra. Fernanda Busanello Ferreira (UFG- Goiânia, GO - Brasil)

Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Unilasalle, FADERGS e PUC-Porto Alegre, RS - Brasil)

Dr. Flávio José Moreira Gonçalves (UFC/ UNICHRISTUS/UNIFOR - Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg- Heidelberg - Alemanha)

Dra. Germana Parente Neiva Belchior (UNI7- Fortaleza, CE - Brasil)

Dra. Glória Cristina Flórez Dávila (Universidad Major de San Marco – Lima, Peru)

Dra. Gretha Leite Maia (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC - Porto Alegre, RS - Brasil)

Dr. Isaac Costa Reis (UFSB- Porto Seguro, BA - Brasil)

Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (Universidade de Itaúna -Itauna, MG- Brasil)

Dra. Joana Stelzer (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
Dr. João Luís Nogueira Matias (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. João Maurício Adeodato (UFPE- Recife, PE - Brasil)
Dr. José Calvo González- (Universidad de Málaga- Málaga, Espanha)
Me. José Edmar da Silva Ribeiro (UFC - Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. José Francisco de Assis Dias (Universidade Estadual de Maringá - Maringá, PR - Brasil)
Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (FGV, PUC - São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Juraci Mourão Lopes Filho (UNICHRISTUS - Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. Leonardo Netto Parentoni (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Dr. Leonel Pires Ohlweiler (Universidade Luterana do Brasil- Canoas, RS - Brasil)
Me. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (Centro Universitário de Brasília, Uni-CEUB -Brasília, DF - Brasil)
Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campo Grande, MS-Brasil)
Dr. Nelson Finotti Silva (UNIVEM - Marília, SP - Brasil)
Dr. Nitish Monebhurrun (UNICEUB - Brasília, DF - Brasil)
Dr. Octávio Campos Fischer (UNIBRASIL- Curitiba, PR - Brasil)
Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (PUCP - Curitiba, PR - Brasil)
Dr. Paulo Bonavides (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP -Porto, Portugal/ USP - São Paulo, SP/Brasil)
Dr. Rafael Santos de Oliveira (UFSM- Santa Maria, RS - Brasil)
Dra. Renata Giovanoni Di Mauro (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande - Rio Grande, RS - Brasil)
Dr, Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU-Uberlândia, MG - Brasil)
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA- São Paulo, SP -Brasil)
Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF- Niterói, RJ - Brasil)
Dra. Vera Lucia da Silva (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UNIRIO- Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Dra. Yvete Flávio da Costa (UNESP - Franca, SP - Brasil)

Editora Técnica

Patrícia Vieira Costa (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Bibliotecárias Responsáveis

Tusnela Maria Barbosa

Patrícia Vieira Costa

Revisão de Língua Portuguesa

Ellen Lacerda Carvalho Bezerra

Heitor Nogueira da Silva

Helena Cláudia Barbosa

Idália Cavalcanti Parente (coord.)

Maria Gleiciane Araújo

Silvana Rodrigues de Oliveira

Victor Alan Andrade Marques

Capa

Ivina Lima Verde

Coordenação de Design

Jon Barros

Projeto Gráfico/ Diagramação

Juscelino Guilherme

Correspondência

Unichristus

Editoria da Revista Opinião Jurídica

Avenida Dom Luís, 911 – 1º andar

Aldeota – CEP 60.160-230 - Fortaleza – Ceará

Telefone: 85 3457.5396

e-mail: opiniaojuridica01@unichristus.edu.br

EDITORIAL

(ao pé do ouvido)

<<As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.>>
(Carlos Drummond de Andrade)

Chegamos.

O governo brasileiro, por meio da Capes,* atribuiu o conceito A2 para a Revista Opinião Jurídica, o que implica o reconhecimento de padrão internacional ao periódico. É a 2ª maior nota do Programa Qualis, um *ranking* escalonado em 8 (oito) estratos; partilhada, no Brasil, por uma parcela ínfima de periódicos da área do Direito.

Foi *bem* mais difícil do que eu havia imaginado, mas o fato é que deu certo. Desembarcamos em nossa 20ª edição, ainda em clima de festa. Tive o desejo inconfesso de presentear a equipe com umas medalhinhas de honra ao mérito – como as que eu invejava na infância –, após mandar gravar as inscrições: “A2”.

Mas me contive. Temi que algum eventual *glamour* em torno da celebração pudesse seqüestrar o que havia de mais genuíno em nossa alegria: o prazer de ver reconhecido o fruto de um longo e árduo trabalho, tanto pelos nossos pares, quanto pela Capes.

[Temi também que os colegas nos achassem velhos demais para ostentar nossas portentosas medalhinhas douradas].

E, a bem da verdade, às vésperas de fechar a nossa mais nova edição, tivemos de substituir o *champagne* por algumas doses de café extra forte, adoçadas pelo chantilly de uma torta très délicateuse, porque, afinal, felicidade engorda. E foi ali mesmo, com o teclado ainda sujo de glacê, que começamos a trabalhar rumo a sonhos mais altos. Um pé após o outro, uma coisa de cada vez. A subida é íngreme e os caminhos, sinuosos. Mas, como diria o Prof. Juraci Mourão, sonho pelo qual se trabalha duro já não é sonho, mas *objetivo*. E, afinal, não estamos sozinhos. Quando penso na pequenina tropa de soldados bravios, por trás da Opinião Jurídica, é impossível não recordar os versos imortais do poeta: “O homem atrás do bigode/ É sério, simples e forte/ Quase não conversa/ Tem poucos, raros amigos/ O homem atrás dos óculos e do bigode”.

Gostaria de agradecer a esses amigos de jornada, por se manterem sérios, simples e fortes. Pessoas comprometidas *em servir*: aos autores, leitores, pareceristas e demais pesquisadores. Muito obrigada por se manterem imunes à vaidade.

É a companhia desses amigos que embeleza as nossas páginas:

* Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) é uma fundação vinculada ao Ministério da Educação (MEC) do Brasil que atua na expansão e consolidação da pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) em todos os estados do país.

- Profa. Ana Luisa Demoraes – Editora Adjunta
- Prof. Rodolfo Franco – Editor Assistente
- Patrícia Vieira Costa – Editora Técnica
- Idália Parente e Departamento de Língua Portuguesa
- Juscelino Guilherme e Jon Barros (Gráfica LCR)
- Fátima Mapurunga e pessoal de secretaria da Unichristus

Agradecemos, também, de coração, às mentes que emprestaram todo o seu esplendor a essa edição: lógico: *nossos autores e pareceristas!*... Por fim, agradecemos, carinhosamente, a todos os colegas que acreditaram em nosso trabalho, desde sempre!, aqui representados pelos professores doutores: Horácio Wanderlei, Roberto Caldas, Roberto Bueno e Isaac Reis.

Por fim, onde quer que estejam os nossos leitores [protegidos dos rigores invernais sob 3 mantas de lã bem quentinhas, sob a copa frondosa de uma árvore, ou quem sabe, no litoral, sob um azulejo de horizontes; regados a chimarrão, café ou água de côco]: desejamos que a *sua* leitura faça valer todos os nossos esforços.

Profa. Dra. Fayga Bedê
Editora-Chefe da Revista Opinião Jurídica

SUMÁRIO

EDITORIAL

PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL

- Justiça restaurativa e crimes culposos de trânsito..... 13
André Ribeiro Giamberardino, Mário Edson Passerino Fischer da Silva
- Políticas públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública..... 32
Antonio Henrique Graciano Suxberger, Mayara Lopes Cançado
- Atuação da autoridade policial e do poder judiciário no combate à violência doméstica contra a mulher na cidade de São Luís/MA..... 59
Bruno Denis Vale Castro, Artenira da Silva e Silva
- A justiça consensual do tribunal múltiplas portas e a política pública norte-americana de tratamento de conflitos: contribuições ao modelo brasileiro..... 84
Charlise Paula Colet Gimenez
- (In) consonância da tutela antecipada no CPC de 2015 com o Estado Democrático de Direito 112
Edmilson Araujo Rodrigues, Cynara Silde Mesquita Veloso
- Autocontenção no judiciário brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os poderes constituídos do Estado 138
Juliana de Brito Pontes, José Mário Wanderley Gomes Neto, João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
- O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito 160
Lenio Luiz Streck, Igor Raatz
- Constitutional design and the Brazilian judicial review: remarks about strong and weak-form review in the Brazilian Federal Supreme Court..... 180
Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros
- Os agricultores familiares como réus em processos ambientais: reflexões acerca do poder simbólico do direito..... 207
Marlene de Paula Pereira, Maria Izabel Vieira Botelho
- O efeito repristinatório no controle difuso de constitucionalidade e a vedação de decisões surpresa 231
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Eduardo Alexandre Young Abrahão

Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal..... 255
Rafael Altoé, Gustavo Noronha de Avila

Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial271
Ricardo de Lins e Horta, Alexandre Araújo Costa

SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

Unidade do ordenamento jurídico.....298
Friedrich Müller

A exceção como dispositivo de governo.....306
Luciano Nuzzo

Por uma Ecologia dos Direitos Humanos324
Raffaele De Giorgi

Normas de Publicação.....341

JUSTIÇA RESTAURATIVA E CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO

*André Ribeiro Giamberardino**

*Mário Edson Passerino Fischer da Silva***

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 A proposta do modelo restaurativo de justiça. 2.2 Cidadania e justiça restaurativa. 2.3 Justiça restaurativa nos crimes culposos de trânsito. 3 Conclusão. Referências.

RESUMO

O paradigma restaurativo é proposto como meio de empoderar o indivíduo e emancipá-lo do estado de apatia no que tange à sua relação com os conflitos e a sua resolução. Com foco específico na área dos crimes culposos de trânsito, a pesquisa foi dividida em duas fases, conjugando metodologia qualitativa baseada em entrevistas não estruturadas e revisão bibliográfica. Para tanto, procedeu-se a pesquisa de consulta processual no âmbito da Segunda Vara de Delitos de Trânsito de Curitiba/PR e na interação com familiares de vítimas de delitos de trânsito e infratores que cumpriam pena restritiva de direitos no Instituto Paz no Trânsito. Sendo o rito restaurativo uma experiência voluntária que incita o diálogo, a reflexão sobre as causas da questão e a formulação conjunta de uma solução para o conflito, ele pode demonstrar que o cidadão é capaz de agir de forma responsável e atuar como um agente modificador da própria realidade sem a presença necessária da tutela punitiva estatal. Tem-se, por fim, que o campo dos crimes culposos e de trânsito se mostra como muito permeável para testar-se a eficácia de tal modelo de justiça, devido à ausência de propósito direto na causação do dano, bem como diante da manifesta ineficácia da pena estatal em sentido preventivo.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Crimes culposos. Cidadania.

* É Professor de Criminologia e Direito Penal e Defensor Público no Estado do Paraná. Em Curitiba/PR, é Professor na Universidade Federal do Paraná e da Universidade Positivo, na qual é pesquisador do CPJUS - Centro de Pesquisa Jurídica e Social. Compõe o corpo docente, como professor convidado, do Master em "Criminologia critica e sicurezza sociale. Devianza, istituzioni e interazioni psicosociali", da Università di Padova (UniPd) e Università di Bologna (UniBo), Itália. Doutor em Direito do Estado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (2014). Possui Mestrado em Direito pela UFPR e em Criminologia pela Università degli Studi di Padova, e Especialização em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal/ICPC & UFPR (2008). E-mail: <andre.rg@terra.com.br>.

** Acadêmico de direito do quinto ano da Universidade Federal do Paraná, Facilitador em Práticas Circulares Restaurativas capacitado pelo Tribunal de Justiça do Paraná e estudante bolsista da Alma Mater Studiorum Università di Bologna durante o segundo semestre do ano acadêmico de 2014. E-mail: <mario_fischer94@hotmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

Qual seria o modo mais prudente de se implementar um modelo restaurativo de justiça adequado à seara do direito penal brasileiro e de que forma este poderia contribuir para a mudança da concepção comum acerca da tratativa de conflitos e do exercício da cidadania?

A pesquisa foi dividida em uma etapa teórica e outra essencialmente empírica, utilizando métodos qualitativos de análise. Na primeira, apresentou-se uma compatibilidade de pressupostos entre a abordagem restaurativa, a tratativa penal dos crimes culposos e as peculiaridades inerentes e eventuais destes. O objetivo primário fora demonstrar que os processos que envolvem a ocorrência de crimes culposos, desde que haja suficiente esclarecimento e consistência probatória em relação aos fatos narrados, criam ambientes propícios ao êxito da aplicação de medidas restaurativas para o encaminhamento de sua resolução. Para tanto, recorreu-se à bibliografia nacional e internacional referentes às reflexões sobre justiça restaurativa e aspectos tanto processuais quanto concernentes à teoria do delito.

Na segunda etapa, o objetivo fora problematizar a adoção da perspectiva restaurativa diante da possibilidade desta servir como um mecanismo para o desenvolvimento de um autêntico senso de cidadania e responsabilidade - distinto do sentimento de vingança - por parte dos envolvidos ou afetados pelo fato delituoso relacionado, especificamente, aqui, aos crimes culposos de trânsito. A metodologia adotada baseou-se: i) na consulta processual de autos referentes a casos já julgados no âmbito da Segunda Vara de Delitos de Trânsito de Curitiba;¹ ii) na interação com a equipe psicopedagógica do Instituto Paz no Trânsito (IPTRAN) e com os sentenciados que lá cumpriam penas restritivas de direitos,² incluindo entrevistas não estruturadas, e iii) na reflexão sobre os modos como a abordagem restaurativa poderia contribuir para a construção dialógica da responsabilidade entre os envolvidos no conflito.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A PROPOSTA DO MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA

No artigo “Geography in court: expertise in adversarial settings”, William A. V. Clark argumenta que as cortes possuiriam seus próprios desenhos geográficos e que estes seriam baseados em um modelo de “campo de batalha”, no qual dois especialistas se combateriam argumentativamente a fim de demonstrarem a correspondência de seus respectivos pontos de vista em relação à lei.³ Segundo tal visão, os papéis principais no processo seriam ocupados pelos especialistas (advogados ou profissionais chamados pela corte a fim de comprovarem determinada tese), e, no fim, o debate deixaria de lado o conflito entre pessoas, não almejando mais a descoberta da “verdade dos fatos” ou a produção da sanção mais adequada. O objetivo do processo, portanto, seria selecionar qual dos pontos de vista contrapostos seria o mais convincente de ser adotado aos olhos do juiz.

Malcolm Feeley, por sua vez, em *“The Process is the Punishment”*, complementa a referida abordagem ao delinear que o próprio desenrolar do processo já renderia consequências danosas à vítima e ao réu, seja na vida familiar, no trabalho, seja no nível dos relacionamentos pessoais em geral.⁴ Para o autor, a figura mais influente e notória do rito processual seria o juiz, o qual, geograficamente falando, se encontraria não apenas fisicamente acima dos demais (por se sentar em um local mais alto ou evidente), como também abstratamente (devido ao fato de este reter para si todo o poder decisório). Aos envolvidos no conflito, entretanto, reserva-se um papel totalmente passivo, de modo que esses apenas figurariam como espectadores de uma luta verbal cujo conteúdo tende a ser inacessível a eles, na medida em que é codificado por uma linguagem excessivamente formal e técnica.

A perspectiva restaurativa pretende, justamente, resgatar a participação ativa e empoderada dos sujeitos do conflito como componente imprescindível de qualquer tentativa legítima de sua resolução.

De acordo com Federico Reggio, que tratou dos princípios e das formas de aplicação das práticas restaurativas, inexisteria na atualidade um conceito universal acerca do que é a justiça restaurativa e quais seriam os seus objetivos. Citam-se, então, algumas propostas da presente vertente, como tornar a experiência da vítima um objeto de narração, apresentar a justiça restaurativa como uma antítese à antropologia individualista e ainda fazê-la operar como prova de que o Estado não é necessariamente o único garantidor da ordem jurídica e social.⁵

Fato é que as várias perspectivas dos autores não tornam claros todos os pressupostos da perspectiva restaurativa, mesmo que seja possível identificar elementos essenciais.⁶ Dentre tais elementos, pode-se fazer alusão à questão do empoderamento dos envolvidos no conflito a partir do reconhecimento de que seu espaço/papel no rito processual deve ser relevante, bem como que estes devem ser tratados como seres humanos e não objetos de intervenção. Reggio apontou que, por mais que a ausência de clareza conceitual complique a compreensão da temática, um consenso teórico poderia representar algo ainda mais negativo, pois engessaria o debate de questões as quais talvez necessitem de maiores reflexões.⁷ A proposta do autor em relação a tal problemática foi a de focar-se no conteúdo dos conceitos mais condizentes com a justiça restaurativa, devendo-se identificar o que se tornou uma “visão aceita” e o que é, de fato, uma “visão aceitável” desse paradigma. Dever-se-ia, nessa linha, refletir sobre questionamentos cuja resolução possa definir mais claramente o que se pretende com tal proposta e se esta se apresentaria como uma alternativa ao sistema penal (principalmente no sentido de possuir valores diversos), se o substituiria ou se se manteria paralelo a ele.⁸

Christie, por sua vez, tratou do sequestro institucional do conflito em face de seus próprios sujeitos e das respectivas consequências. Com a formação do Estado Moderno e a burocratização, veio também a profissionalização do trato oficial do “intolerável”, por meio de um aparato institucional oficialmente reconhecido como o único legítimo a tutelar a re-

solução conflitual e, por fim, a consolidação de um paradigma o qual definiu ser o Estado (na forma do ordenamento jurídico) o “ofendido” universal dos conflitos socialmente relevantes.⁹ Mesmo porque tal aparato jamais objetivou a efetiva “resolução” dos conflitos humanos, aos sujeitos envolvidos em controvérsias, foi delegada uma posição secundária no processo penal. Tais indivíduos passaram a figurar como meras testemunhas dos fatos, perdendo a oportunidade de refletir sobre a função da norma que incidiria sobre seu caso, de trabalhar traumas, de promover a responsabilização do ofensor, no caso da vítima, e de se retratar ou mesmo propor uma forma de compensação, no caso do ofensor.¹⁰

Howard Zehr, por sua vez, apresentou a justiça restaurativa como uma perspectiva oposta à ótica retributiva,¹¹ pois esta representaria a lógica do sistema e do processo penal. Sua concepção teria como escopo principal o empoderamento das “partes de fato” mediante a conferência do protagonismo processual a estas. Essas partes então dialogariam entre si, com a presença de suas respectivas famílias (quando for o caso) e da comunidade afetada pelo conflito e, sob observação de um mediador, formulariam uma solução em conjunto para a questão. Segundo o autor, tal solução deveria implicar reparação ou compensação, ainda que simbólica, do dano causado.¹²

Nessa senda, certos doutrinadores como Tony Marshall, Paul McCold e Ted Wachtel descrevem a justiça restaurativa como um processo no qual vítima e ofensor se reúnem e, em conjunto, buscam uma solução para o conflito baseando-se no diálogo,¹³ tratando apenas da via operacional da questão, ou seja, das práticas restaurativas. A justiça restaurativa corresponderia, então, a um paradigma, noção defendida por Zehr,¹⁴ que compreende uma metodologia de resolução conflitual, ainda que alguns de seus aspectos possam ser observados em abordagens procedimentais atreladas a outras perspectivas. A figura da conciliação, por exemplo, é autorizada pela Lei 9.099/1995 no âmbito dos juizados especiais criminais e poderia, em tese, corresponder a uma prática restaurativa: todavia, não seria razoável afirmar que nesses órgãos é adotada a perspectiva restaurativa de forma plena, mesmo porque a abrangência é restrita e a vítima volta a ser “substituída” no instituto da transação penal.

De todo modo, parece certo de que se trata de uma forma mais humana de conduzir o processo e de responder ao crime. Afinal, a atenção do rito restaurativo recai sobre as pessoas, não sobre a punição e a análise dos fatos sob a ótica meramente legal. Reggio, contudo, afirmou que o processo e a justiça restaurativa não são necessariamente opostos, mas possuem premissas diversas, sendo a segunda mais atenta às necessidades concretas das partes de fato, mais inclusiva e calcada na participação dos envolvidos que são incentivados a dialogarem entre si.¹⁵ O autor, partidário da vertente maximalista quanto à abrangência do adjetivo “restaurativo”, defende a ideia de que as práticas restaurativas deveriam sempre resultar em uma forma de reparação à vítima ou aos familiares desta, mesmo que em nível simbólico, pois o mero “encontro entre ofendido e ofensor”, objeto principal da vertente minimalista (*encounter theory*), não bastaria para por remédio à ofensa e reproduziria a atua-

ção do Sistema Penal.¹⁶

A justiça restaurativa teria o objetivo de encorajar a “prestação de contas” do ofensor com a vítima e/ou os familiares desta, oferecendo aos envolvidos um espaço mais propício ao desenvolvimento de empatia e à restauração de vínculos, fazendo que os participantes se reconheçam como cidadãos dignos de respeito e que, devido ao diálogo, as consequências e causas minuciosas da ofensa sejam reveladas.

Carolyn Hoyle, apesar de defender que a justiça restaurativa seria mais adequada quando utilizada para a resolução de crimes de menor potencial ofensivo, reconhece sua potencialidade em casos mais graves, embora apregoe que, para os referidos crimes, tal metodologia deva ser aplicada como funcionalmente complementar ao sistema criminal. Ou seja, segundo a autora, nos citados casos, deve existir uma pena, e a abordagem restaurativa seria aplicada junto à retributiva, afinal o modelo restaurativo não configuraria uma alternativa à punição, mas uma punição alternativa (essencialmente reparativa).¹⁷ Afirmou também que a responsabilização gerada pelo rito restaurativo exitoso atingiria não apenas ao ofensor, ao receptor da censura, mas também: i) ao ofendido, o qual, sendo o receptáculo da reparação, atuaria como agente de controle do cumprimento do acordo restaurativo; ii) à comunidade (quando há), que deveria auxiliar na reintegração do ofensor e iii) às famílias do ofensor e da vítima (quando presentes) as quais ofereceriam suporte emocional aos envolvidos no conflito e os ajudariam com problemas pessoais, por vezes, não relacionados diretamente com a ofensa. Nessa linha, a implementação desse modelo poderia corresponder a uma distribuição da responsabilidade de controle criminal, dividindo essa tarefa entre comunidade e Estado e criando não uma nova forma de governo, mas uma nova forma de governar:¹⁸ com a intervenção institucional se distanciando materialmente, mas se reproduzindo por meio da comunidade.

Oferece-se aos envolvidos um papel ativo em um espaço de resolução conflitual, no qual, como Nils Christie almejava, seria possível discutir não apenas acerca da função das normas jurídicas relevantes ao caso, mas igualmente fornecer aos agentes participantes (ofendido, ofensor, comunidade, famílias, mediadores e mesmo aos juízes) a chance de refletirem sobre os problemas sócio-estruturais que se relacionam ao fato delituoso. Nesses termos, os envolvidos têm a possibilidade de pensar criticamente em uma solução viável para o conflito de modo proativo e racional, restaurando, então, os vínculos rompidos pela ofensa.

2.2 CIDADANIA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Segundo Catherine de Vitto e Philip Oxhorn, em países onde a sociedade civil é “fraca”, a cidadania é refletida em direitos cuja amplitude espelha as assimetrias da estrutura social, garantindo-se o direito de reivindicação e participação política aos grupos sociais que já os possuem e mantendo-se a exclusão dos segregados.¹⁹ A justiça restaurativa, como

expressão de um sistema de “micro-justiça” (não coincidente com o portentoso aparato estatal), possibilitaria o desenvolvimento de um outro tipo de relação entre cidadão e Estado, sem, entretanto, recair nas armadilhas inerentes à hipervalorização de cada um destes, como o fez o neoliberalismo ou o paternalismo estatal. Essa atuação conjunta acarretaria o maior engajamento dos cidadãos na resolução de problemas enfrentados pela justiça estatal e, conseqüentemente, a sua maior inclusão nas estruturas jurídica e política nacionais, visto que estes influenciariam a promoção da “justiça” e fortaleceria, de tal modo, a democracia.²⁰

Tal questão dialoga com os apontamentos de Luiza Maria de Carvalho. A autora criticou o fato de que, na sociedade brasileira, o voto é a máxima expressão da participação popular e adentrou que a justiça restaurativa poderia ampliar o exercício democrático, uma vez que permitiria aos cidadãos atuarem ativamente na resolução dos próprios conflitos e ainda como “embaixadores sociais”. Com tal termo visou-se a designar os indivíduos que auxiliariam o Estado a identificar possíveis implementações de políticas públicas, cujo êxito poderia não apenas contribuir para sanar a controvérsia concreta entre os envolvidos no conflito, mas igualmente conduzir a solução de problemas sociais mais amplos.²¹ A justiça restaurativa, portanto, além de depender do provimento de serviços públicos e atendimentos multidisciplinares para cumprir com sua missão emancipadora, operaria como vetor de orientação de políticas públicas por vezes necessárias à resolução de questões prévias que implicariam a prática de condutas geradoras de conflitos.

As anteriores propostas de atuação conjunta entre Estado e sociedade civil poderiam, então, promover a autêntica cidadania? Afinal, como se concebe a cidadania no contexto da realidade social brasileira? Sobre tais questões refletiu o antropólogo James Holston, o qual afirmou que historicamente a cidadania no Brasil seria caracterizada por ser formalmente inclusiva, mas substancialmente excludente. Nessa linha, embora o *status* de cidadão tenda a ser legalmente conferido sem muitos pré-requisitos, o usufruto dos direitos reconhecidos aos cidadãos é, na realidade, muito díspar, e a legislação opera de modo a reproduzir e engessar tal distribuição desigual, conferindo privilégios e deveres diversos a diferentes categorias que, entretanto, são compostas por pessoas de *status* cívico formalmente equivalente.²² O mesmo autor, no artigo *Cities and Citizenship*, apontou que a cidadania seria a identidade que compreende e coordena todas as demais, correspondendo à superação de *status* e privilégios que seriam cedidos a uma jurisdição ou nação a partir da celebração de uma espécie de contrato social baseado na igualdade de direitos individuais. Fez-se, então, uma diferenciação entre cidadania formal e substancial. A primeira se baseia nos direitos que o indivíduo possui para ser reconhecido como membro de uma determinada sociedade/nação, porém muitos desses implicam ônus como o serviço militar, e, no caso brasileiro, o de votar. A segunda se refere aos direitos políticos, socioeconômicos, culturais e religiosos que um indivíduo possui e exerce. O autor concluiu que, embora, em teoria, o reconhecimento da segunda implique a concretização da primeira, na prática,

o que consistiria a cidadania seria independente do reconhecimento formal por parte do direito positivo.²³

Boaventura de Sousa Santos refletiu sobre a cidadania em uma perspectiva sociológica, abordando a sua relação com a lógica sistêmica capitalista e com o projeto da modernidade. O autor apresentou o conceito como uma falsa ideia de representação, sendo a cidadania expressa somente no momento do voto. A lógica capitalista liberal, portanto, marginalizou o princípio da comunidade preconizado por Rousseau, pois inexisteria uma participação ativa, direta, autônoma (no sentido de autêntica) e solidária por parte dos governados na tomada de decisões políticas.²⁴ Ao consistir em direitos e deveres, a cidadania enriqueceria a subjetividade dos indivíduos e lhes abriria novos horizontes de autorrealização, mas, em sua pretensão de ser universal, ela reduziu a individualidade nos limites de seus pressupostos, acarretando a previsão de uma série de direitos gerais e abstratos aos destinatários de poder. Ela, então, limitou a atuação estatal, mas, ao mesmo tempo, facilitou o exercício do controle social ao passo que equalizou e universalizou as particularidades dos sujeitos destinatários de poder.²⁵

Por sua vez, Teresa Caldeira analisou alguns paradoxos envolvendo o conceito agora debatido. De um lado, a autora demonstrou otimismo com relação ao extenso rol de garantias e direitos previstos na Constituição de 1988 e como isso possibilitou o desenvolvimento de vários movimentos sociais e da democracia. Do outro, adentrou que a cidadania não é criação da referida carta e que, apesar dos avanços no campo do direito, a realidade material denuncia que o brasileiro, tendo como referência específica o paulista, parece almejar manter-se em uma posição de observador em frente a um campo em que a cidadania e a justiça são invocadas como meros suportes de sustentação ideológica em contextos nos quais talvez sua invocação não possuísse o devido sentido.²⁶

Em comparação com as posições expostas, analisar-se-á o conteúdo dos questionários que foram preenchidos e falas proferidas por pessoas condenadas por crimes de trânsito, as quais cumpriam horas de participação no programa “Reflexão”, organizado pela equipe psicopedagógica do Instituto Paz no Trânsito (IPTRAN) em Curitiba. Essas pessoas²⁷ foram convidadas a responder a perguntas abertas de extrema densidade conceitual, como: “No que consistiria a cidadania?” “Como ela é exercida no cotidiano?” “Se o questionado teve oportunidade de se expressar e expor suas opiniões sobre ocorrido durante a tramitação do processo penal” etc.

É interessante notar como as respostas foram um tanto heterogêneas na descrição específica da cidadania, mas a maioria a descreveu basicamente como conjunto de deveres e direitos. O ponto em comum de todas as respostas foi que nenhum dos questionados teve a oportunidade de se expressar adequadamente durante a tramitação do processo penal.

Nenhum dos indivíduos se recusou a preencher o questionário, mesmo cientes de que poderiam fazê-lo, porém foram orientados que o tempo de preenchimento seria contabilizado nas horas que estes deveriam cumprir participando dos eventos do Instituto, o que por certo

evidenciou a adesão e a cooperação. O projeto foi explicado a todos, houve participação nos encontros semanais com os questionados na sede do IPTRAN e a oportunidade de discutir sobre justiça e a proposta do novo paradigma com alguns destes, porém a maioria mostrou-se simpática à iniciativa, mas descrente em sua potencialidade para tratar de crimes mais graves.

Observou-se que, de todos os questionados, apenas um cometeu um crime que resultou vítima (lesão corporal), dois dirigiram alcoolizados, um conduziu veículo com capacidade psicomotora alterada e dois causaram danos materiais a terceiros, mas responderam pelo crime de conduzir sem habilitação, e desses dois, apenas um feriu outrem. Essa foi uma limitação da amostra de pesquisa, pois a existência do dano é um elemento importante para a abertura de espaços, de diálogo e comunicação.

Inicialmente, um dos entrevistados demonstrou encarar a cidadania como o cumprimento de um ônus que implicaria o convívio social harmonioso (“respeitar o espaço e ponto de vista de cada um” [...] “obedecer a regras [...]"). Em seguida, a explicação foi mais complexa, oferecida pela questionada mais jovem, uma estudante universitária: “exercer direitos e deveres para o benefício da população”, ou seja, aproximou-se de uma definição que resultaria na responsabilidade do indivíduo com o meio social, ainda que a cidadania afete diretamente a esfera individual. No questionário 3, novamente a cidadania foi tratada como um ônus de respeito ao próximo e de tolerância. No questionário de nº 5, foi escrita a frase “pagar as contas”. No nº 4, o indivíduo explicou o conceito em uma perspectiva mais garantista, embora paradoxalmente tenha descrito a responsabilização personalíssima como “direito de responder pelos meus atos”, ou seja, provavelmente o questionado tentou descrever o direito de liberdade de expressão ou do contraditório num contexto de ônus e cobrança de responsabilidade. A resposta presente no questionário 5 também apresentou componentes muito abstratos: “ser uma pessoa que faz as coisas de forma certa, frequenta bons lugares e que exerce a boa moral”. No questionário 6, foi exposta a clássica ideia do limite da liberdade, a qual para o questionado parece se confundir com a cidadania: “respeitar ao próximo e exercer os próprios deveres para poder iniciar seus direitos”.

No caso em que houve vítima, a ofensora buscou entrar em contato com o ofendido e sua família, mas não obteve sucesso. Ela relatou o fato de sentir que a vítima tentou tirar proveito da situação no decorrer do processo (a fim de obter uma indenização maior) e fez constar que as consequências do fato delituoso para a sua vida não receberam atenção, além de que as leis poderiam ser incoerentes, de modo que considerou sua pena desproporcional. A partir de sua percepção, abre-se a questão sobre como o papel de vítima também é socialmente construído, sendo subjetivamente percebido de forma diferenciada por cada sujeito. Dois dos questionados afirmaram, ainda, que o desinteresse do Poder Judiciário pela sua situação e a ausência de chance de se expressar durante o processo configuraram uma “falta de respeito”, outros dois simplesmente afirmaram que estavam “errados por descumprir a lei” e que não lhes fez falta não emitirem suas opiniões.

Com relação à pena aplicada, nos questionários 3 e 4, os indivíduos afirmaram que esta foi justa, porém, no questionário 3, a justificativa foi de que a justiça residiria na previsão legal para sua aplicação. Frisou-se, contudo, que a pena só teria capacidade de transformar positivamente a realidade das pessoas quando na forma de serviço comunitário. Outros dois questionados afirmaram que as penas não teriam tal capacidade, ou por serem legitimadas em fatos diversos dos correspondentes com a realidade, ou por colocarem o apenado em um ambiente hostil sem lhe dar a chance de “aprender” com o que fez.

Constatou-se então, a partir da arquitetura das respostas oferecidas e da análise teórica sobre o tema, que a abertura a formas alternativas de resolução de conflitos em um ambiente punitivista e imediatista deve ser gradual.

2.3 JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO

Conforme Tavares, a importância do estudo dos tipos culposos (ou de imprudência) se relaciona ao incremento de diversas atividades de risco que se tornaram parte do cotidiano com a motorização da vida moderna desde o século XIX.²⁸ Desse modo, a razão da extensão de incidência do *jus puniendi* sobre condutas negligentes lesivas, antes em sua maioria juridicamente irrelevantes e concebidos apenas como *quase delictum*, foi meramente política, caracterizando-se, portanto, como resposta de política penal a essa nova categoria de danos. Tais danos eram causados mediante o exercício de atividades ou com o consumo de produtos de potencial ofensivo inerente dentro do contexto de uma “sociedade de riscos”. Observa-se, então, que as citadas atividades e uso dos referidos produtos inevitavelmente lesariam pessoas, mas a “nova fetichização da mercadoria” transferiu a responsabilidade do dano para o consumidor, ou trabalhador, a fim de impedir que a zona do ilícito penal se estendesse a ponto de frear a prosperidade da indústria e o fomento do consumo.²⁹ O poder de definição foi instrumentalizado para a criação desses tipos penais inéditos não com a latente finalidade de proteger bens jurídicos, mas para garantir a estabilização do conjunto normativo em correspondência com a estrutura capitalista industrial que se formava. Alegou-se que os danos seriam inevitáveis e, então, para evitar que sua concretização fosse tamanha a ponto de desincentivar o fomento do consumo, estabeleceram-se regulamentos específicos de deveres de cuidado e sanções para aqueles que, não os observando, lesassem outrem.

Nota-se que o objetivo foi limitar a perpetuação de danos a um número estatisticamente aceitável e atribuir a responsabilidade do dano somente ao indivíduo, deslocando o foco da questão acerca do potencial ofensivo dos produtos e atividades. Frisa-se que o processo de tipificação foi também muito tópicos para não tornar demasiadamente temeroso o uso de produtos ou o exercício das referidas atividades por parte dos consumidores e operários.

De acordo com Zaffaroni, o problema do crime culposos não está atrelado à finalidade do agente, mas sim à maneira como este pretende realizar sua ação, a qual, *prima facie*, é

atípica.³⁰ A seleção dos meios para se cumprir o objetivo da conduta, portanto, atém-se a um *standard mínimo*³¹ formulado a partir de regulamentos e outras orientações normativas com o intuito de minimizar os riscos de causar um dano a outrem. Ressalta-se que, embora o autor reconheça que os conceitos de *reasonable man* e *standard mínimo* sejam vagos e imaginários, ele defende a adoção de um *standard* empiricamente verificável (provavelmente por fatores estatísticos) como referência para a imputação de prática de crime culposos. Nessa senda, caso o agente possua peculiaridades que o impossibilitem de ser avaliado conforme o referido padrão, estas devem ser analisadas no âmbito da culpabilidade (hipótese questionável, por ter cunho universalizante, mas deve-se reconhecer que a solução referente à culpabilidade é tecnicamente aceitável). O autor, então, soma à equação, cujo resultado é a imputação da conduta culposa, o fator “azar”, afinal a conduta pode ser praticada em desconformidade com os deveres de cuidado (previstos em outras normas esparsas e, portanto, incorrendo na caracterização do tipo culposos como “aberto”), mas sem a concretização do resultado típico.

Nesses termos, a aplicação da sanção penal remete muito mais a um *desvalor de resultado* que a um *desvalor de ação*, incluída nesta a dimensão subjetiva, ausente na forma dolosa. Trata-se da inobservância de um dever de cuidado, da criação de risco não permitido, da elevação de risco permitido, mas trata-se sobretudo de um dano, por vezes, muito significativo, resultante de tal conduta “descuidada” ou “criadora de risco” por parte do agente.

Para esse tipo específico de crime, a pena privativa de liberdade é quantitativamente inferior em comparação a seus correspondentes dolosos e ainda substituível pela pena restritiva de direitos. Essa substituição é prevista no art. 44, inciso I, do Código Penal Brasileiro e evidencia a opção por tratamento penal diferenciado, em termos qualitativos, dos autores de delitos culposos.

Como afirmado, a possível diferenciação penal na tratativa dos crimes culposos se dá pela ausência de dolo do agente em concretizar o tipo objetivo, o que denota o fato de este, aos olhos do legislador, não ser digno de um tratamento tão severo como o direcionado aos autores de crimes dolosos, pois a intenção deste não seria penalmente reprovável. Nota-se, inclusive, que tem-se tornado, infelizmente, comum, na praxis forense, tipificar condutas evidentemente culposas como portadoras de “dolo eventual” porque o resultado é por demais lesivo e significativo, do ponto de vista da opinião pública. Ora, é evidente que o sentido de “justiça” e sua subjetiva percepção pela população não são parâmetros para a métrica quantitativa da pena privativa de liberdade. Tal desvalor de resultado deve ser colocado em pauta e dentro da criação de um espaço de comunicação capaz de explicitar responsabilidades, espaço inexistente e inviabilizado pelo processo penal tradicional.

De todo modo, parece razoável dizer que a sociedade e a comunidade jurídica seriam facilmente receptivas à proposta de adoção de práticas restaurativas nos processos envolvendo casos de delitos culposos. Diante de todos, está o dano, mas não tanto, ou de forma tão intensa, o “agressor”, pois o “criminoso” vem *ab initio* destituído do componente subjetivo

como objeto de ódio e hostilidade. A desconstrução de estereótipos e a abertura de canais de fala e escuta podem ser facilitadas com tal ponto de partida.

Pragmaticamente, a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade aplicadas a crimes culposos por restritivas de direitos também evidencia a maior facilidade em fazer disso um processo participativo de formulação de medidas de censura visando à compensação, na medida do possível, do dano causado.

Segundo dados divulgados pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), a frota de veículos brasileira, em junho de 2014, foi estimada em 84.063.191,³² e, conforme o Mapa da Violência,³³ em 2012, 43.821 pedestres foram internados somente pelo SUS (27,5% do total de internações envolvendo acidentes de trânsito). Em 2011, foram registrados os óbitos de 11.959 pedestres, e, segundo o Ministério da Saúde, no mesmo ano, registraram-se 43.256 mortes no trânsito. Parcela considerável desses acidentes está associada ao alcoolismo e/ou a crimes culposos de trânsito (homicídio e lesão corporal grave), entretanto, desde 1997 até o momento, apenas 8 pessoas cumprem ou cumpriram pena em regime fechado devido à condenação por crime de trânsito, sendo que, desse total, 7 cometeram crimes tidos como dolosos e 1 por tentativa de homicídio. Portanto, sendo que os delitos culposos mais graves, como homicídios e lesões corporais, estão associados ao trânsito ou a casos não frequentes de adultos que esquecem crianças dentro de veículos (nesses, a repercussão midiática é maior), atesta-se que o efetivo encarceramento de autores de crimes culposos já não ocorre (mesmo, por exemplo, em casos de homicídio culposo com pluralidade de vítimas).

A tratativa especial passível de aplicação às penas dos delitos culposos, nos termos já explicitados, torna o ambiente do conflito, causado por esse tipo de crime, propício à instauração de medidas restaurativas, na medida em que essas são calcadas nos pilares da personalidade, reparação, reintegração e participação,³⁴ absolutamente coerentes aos anseios do legislador diante da substituição da pena da reclusão por práticas de reparação ou compensação.

Fundamental compreender, no entanto, que a mera aplicação de penas restritivas de direito não implica, por si só, a caracterização de tais medidas como “restaurativas”. De acordo com o exposto e a perspectiva minimalista, a adjetivação do processo como restaurativo depende da forma pela qual se chegou a essa medida, do “processo”, da participação ativa, respeitosa, voluntária e empoderada dos sujeitos vitimizados e criminalizados e suas comunidades de suporte. Essa é também a posição das Nações Unidas (Resolução 2002/12-ONU): restaurativo deve ser o processo, não o resultado.³⁵

Ainda, inexistiria o fator “medo” como óbice ao encontro e diálogo entre ofensor e ofendido, de forma que o desejo da vítima ou de sua família de se aproximar do infrator seria maior. Afinal, esses almejarão sua responsabilização e retratação, ou ao menos “compreender o que aconteceu”. Nos processos que envolvem crimes dolosos, tal encontro é possível, porém evidentemente mais complicado, pois é comum que se construa, com o

incentivo da própria legislação e dos operadores do sistema de justiça, verdadeiro pavor da vítima em relação a seu agressor. Howard Zehr trata dessa questão afirmando que a citada aversão se desenvolve devido à posição submissa na qual a vítima é colocada por seu ofensor, sendo o seu posterior empoderamento, proporcionado pelo protagonismo processual no decorrer do rito de resolução conflitual, a forma mais adequada de desconstituí-la.³⁶ Esse trauma pode ser sentido pelos efeitos do delito culposos como em casos nos quais o agente esquece o bebê trancado no carro, provoca um incêndio sem intenção (fogos de artifício, fogão ligado, etc.), provoca lesões ou mesmo a morte de pessoas passageiras do veículo que conduz, etc. Entretanto, a intenção do agente não foi um dos fatores que deu causa ao trauma, de modo que a vítima e os seus familiares não considerariam sua conduta como algo arquitetado cruelmente e, mais além, não teriam razão para temê-lo. Os referidos fatores podem não inibir a raiva que recairá sobre o responsável, mas eles contribuem para o êxito em uma tentativa de aproximação.

O foco da justiça restaurativa pode não ser o perdão ou a restauração absoluta do *status* pré-delito, porém essa cria um ambiente propício à concretização de uma relação de comunicação imprescindível à própria censura e à responsabilização, muito mais, e muito além de apenas humanizar, informalizar ou “esvaziar prateleiras”. Seria então possível vivenciar, por meio do diálogo e do conhecimento mútuo, uma autêntica experiência de alteridade. Em relação a esse otimismo, entretanto, Declan Roche, em *Accountability in Restorative Justice*, fez a ressalva de que, enquanto as partes podem expor a “melhor face da natureza humana”, demonstrando empatia, buscando compreensão mútua e reconciliando-se, existe também a chance dos ciclos restaurativos apenas servirem como mais um espaço de humilhação e demonização, principalmente em relação ao censurado. Para evitar tal problema, faz-se mister a participação de facilitadores capacitados e, se necessário, deve-se observar que, por ser baseado no princípio da voluntariedade, qualquer um dos envolvidos pode desistir do rito restaurativo.

Mesmo com a ressalva, Roche afirma que o fato de o apenado ter participado na formulação de sua sentença implica uma assunção de comprometimento muito maior do que se esta fosse meramente imposta pela corte, o que está intimamente ligado com a questão da justiça restaurativa ser muito mais personalista do que a justiça convencional.³⁷ A referida assunção de comprometimento, para o estudo em questão, é um fator de extrema relevância, pois o cumprimento de uma pena restritiva de direitos depende muito da pró-atividade do apenado em comparecer ao local de sua execução, por exemplo.

A tratativa legal e midiática desse tipo de crime permite inferir que a comunidade jurídica seria mais suscetível a aceitar a intervenção de outras metodologias processuais nesta esfera institucional específica. Boaventura de Sousa Santos defende que o direito estatal não pode ser encarado como o único legítimo diante da diversidade de culturas jurídicas existentes e da forma como estas também se apresentam como eficientes em

oferecer soluções para conflitos.³⁸ Roberto Lyra Filho, por sua vez, define que o direito autêntico é aquele que visa à justiça social atentando às peculiaridades de seus destinatários e das minorias sociais de forma solidária.³⁹ Nesses termos, entende-se que a justiça restaurativa se apresenta como uma autêntica e humanitária abordagem de se operar o direito penal em conformidade com a Constituição e com os direitos humanos. Ainda que o resultado final do processo não se altere, é inegável que os meios para atingi-lo garantiriam mais respeito à autonomia e à dignidade da pessoa humana, sendo a tratativa dos delitos culposos o canal ideal para se iniciar a disseminação de tal paradigma para além dos casos envolvendo adolescentes em conflito com a lei. Hoje, o principal foco da aplicação dos métodos restaurativos no país, e a resolução 125/2010 do CNJ evidencia isso, ainda são os casos envolvendo os referidos adolescentes, sendo que a condução de tais casos é influenciada em grande parte por pastorais e ONGs regionais.

Em relação às finalidades da justiça restaurativa, não se trata de pretender a ressocialização ou inculcar aflição ao apenado. Ambos os citados objetivos afrontam a dignidade da pessoa humana, seja por desprezar a esfera subjetiva do apenado, tornando-o um objeto de intervenção situado em uma relação vertical de poder, seja pela crueldade inerente a qualquer censura que almeje a produção de dor e sofrimento. Algo próximo ao retributivismo, em sua vertente comunicativa, relaciona-se de melhor forma com as finalidades da justiça restaurativa.⁴⁰

Juristas antipáticos ao modelo restaurativo acusam-no injustamente de se apresentar como uma alternativa *soft punishment* para o ofensor, de modo que esse se prontificaria rapidamente em participar dos ciclos restaurativos apenas com intenção de minimizar os efeitos da pena. Tratando-se dos crimes culposos, como se constatou, a possibilidade de o ofensor sentir um remorso genuíno pela violação do dever de cuidado é considerável, porém, supondo que o referido “fingimento” de fato ocorra, deve-se discordar que a justiça restaurativa se configura como uma maneira mais branda de responsabilização. Estar diante daquele(s) que lesou, retratando-se e ouvindo, constitui experiência psicologicamente desconfortável, pois ele conhecerá minuciosamente as dimensões e os detalhes dos danos que veio a causar. *Soft*, portanto, não parece ser uma designação justa à abordagem restaurativa.

Os ciclos restaurativos fornecem uma chance de diálogo inexistente no processo judicial convencional. Essa mesma ânsia de assumir a responsabilidade e de responsabilizar, mais facilmente presente nos casos de delitos culposos, reduz as chances de desistência da adoção da linha restaurativa de resolução conflitual ao longo dos encontros realizados. O fato de o ofensor não ter almejado lesar o ofendido, nesses casos, amplia as possibilidades de construção conjunta de medidas de reparação simbólica, permitindo que ambos os lados possam prosseguir suas trajetórias de vida de maneira menos penosa ou traumática.

Fato é que a imposição de uma sentença, a qual, por vezes, prevê uma compensação totalmente desconexa com o dano resultante do delito, somada a uma responsabilização padronizada realizada por um juiz e membros do Ministério Público, e não pela própria vítima ou sua família (que tiveram uma relação mais estreita com o fato delituoso), não contribui para a construção de percepções de justiça e responsabilidade.

3 CONCLUSÃO

A perspectiva adotada, nesses termos, corresponde à *encounter theory* ou à vertente minimalista, restando o foco mais sobre o processo que sobre o resultado. Tem-se, por certo, que os objetivos principais da perspectiva restaurativa seriam, portanto: i) a reconstrução de vínculos intersubjetivos rompidos pela ofensa; ii) o tratamento e a reflexão sobre o trauma causado pelo ato delituoso; iii) a responsabilização do ofensor com fundamento na alteridade e na rejeição das novas formas de “ortopedia moral”; iv) a promoção e a reflexão sobre as causas e as possíveis soluções para o conflito em sentido mais amplo. Todos esses pontos, entretanto, dependem do diálogo (direto ou indireto) entre ofendido e ofensor, de modo que esse deve ser considerado como fator indispensável à metodologia adotada, enquanto a reparação adquiriria natureza fortemente simbólica, como consequência, ou não, do cumprimento do acordo restaurativo.

Há de se ter cuidado com as categorias prontas como “vítima e ofensor”, as quais, como apontou Cunneen, são heterogêneas. Inexiste, desse modo, uma fórmula padrão para conduzir um diálogo entre os envolvidos no conflito. O autor afirmou contundentemente que a justiça restaurativa, por vezes, tenta encapsular figuras complexas em conceitos gerais, estigmatizantes e abstratos; logo, caberia observar que, embora venha a existir um protocolo para a organização do rito restaurativo, esse deve calcar-se também no princípio da criatividade, uma vez que a abordagem restaurativa é essencialmente casuística, caso contrário poderia ser infectada pela lógica processual convencional.⁴¹

A vertente sociopolítica, da qual a justiça restaurativa se aproxima, é definida como “comunitarismo”, descrita por Reggio⁴² como uma forma de regimento social no qual grande parte do poder decisório se encontraria nas mãos da comunidade, que exprimiria uma maior preocupação social com o corpo coletivo. Tal vertente apoia-se na participação ativa e democrática. Os valores sociais seriam refletidos na atuação das instituições sociais, mas a sociedade depositaria na figura da comunidade a fé para a resolução dos conflitos, a qual seria realizada de maneira mais informal mas em conformidade com os referidos valores. Transcender-se-iria o individualismo, configurando-se um grupo de pessoas que salvaguardariam a ordem social de forma não autoritária, mas responsável, a partir da construção de um projeto cultural e político, o qual implicaria a democratização de uma sensação de pertencimento partilhada entre os componentes sociais.⁴³

Sendo um modelo paradigmático de resolução conflitual inclusivo, capaz de reparar e criar laços intersubjetivos entre pessoas fomentando o uso da racionalidade e do senso de responsabilidade para com o outro e o coletivo, além de operar como um instrumento para a identificação dos problemas sociais que contribuem para a ocorrência de conflitos mais graves, a justiça restaurativa se apresenta como apta a redefinir a cidadania brasileira. A adoção de tal perspectiva, a longo prazo, poderia implicar a superação de uma cidadania formal rumo a uma substancial (na linha de Holston) e, em um segundo estágio, para o que se define aqui como a “autêntica cidadania.” Esse conceito seria, portanto, o *status* social reconhecido a um indivíduo pela sociedade com a qual este possui um vínculo intersubjetivo potencialmente perene, de modo que tal condição implique a conferência de uma série de deveres de responsabilidade para com a coletividade e os problemas sociais que a afetam e no complementar reconhecimento e efetivação de direitos que permitam a autorrealização e a expressão da subjetividade individual.

A seara dos crimes culposos, por fim, parece indicar um caminho seguro e legítimo para projetos piloto e experiências inovadoras ainda não adotados com tanta intensidade no Brasil. Possibilitando que os envolvidos no conflito vivenciem uma experiência democrática e atuem como protagonistas, capazes e responsáveis, sem a dependência de especialistas, as práticas restaurativas abrem um canal emancipador e inspirador que não se confunde com a banalização da violência promovida pelo seu uso, de modo injusto e desmedido, por parte do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Departamento Nacional de Trânsito. **Frota Nacional** (Junho de 2014). 2014. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/frota2014.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2014.
- CALDEIRA, Teresa. Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 44-46, 2002. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252002000100021&script=sci_arttext&tlng=em>. Acesso em: 19 jan. 2015.
- CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, 2005. p. 211-224.
- CHRISTIE, Nils. Conflict as Property. **The British Journal of Criminology**, Oslo, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

- CLARK, William A. V. *Geography in Court: Expertise in Adversarial Settings*. **Transactions of the Institute of British Geographers**, Londres, v. 16, n. 1, p. 5-20, 1991.
- CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative Justice**. Portland Oregon: Hart Publishing, 2010.
- DE VITTO; Catherine; OXHORN, Philip. Micro-justiça, desigualdade e cidadania: a construção da sociedade civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, 2005. p. 187-210.
- FEELEY, Malcom M. **The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court**. Nova Iorque: Russel Sage Foundation, 1992.
- GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- HOLSTON, James. **Insurgent Citizenship: Disjunction of Democracy and Modernity in Brazil**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- LYRA FILHO, Roberto. **Razões de defesa do direito**. Brasília: Editora Obreira, 1981.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12: princípios básicos para utilização de Justiça Restaurativa em matéria criminal**. Nova Iorque: Conselho Econômico e Social da ONU, 2002.
- REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica: luci e ombre della restorative justice**. Milão: Editora Franco Angeli, 2010.
- ROCHE, Declan. **Accountability in Restorative Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013: acidentes de trânsito e motocicletas**. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2013.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.
- ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- ZERH, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

- 1 A análise focou-se na compreensão: i) das implicâncias jurídicas da ocorrência de delitos de trânsito, ii) da tratativa do Judiciário em relação a tais casos, iii) da identificação de casos propícios ao êxito da adoção de práticas restaurativas. A consulta processual foi semanal, e se deu com a autorização do juiz responsável pela respectiva vara. Entre os autos em questão, estão aqueles nos quais ocorreram condenação ou absolvição do réu, pois ainda não existia uma estratégia de acompanhamento e implementação da metodologia restaurativa para os processos ainda em tramitação.
- 2 Tal contato foi baseado i) no acompanhamento das reuniões de grupo e atividades com os ofensores e as famílias dos ofendidos (os quais sofreram óbito por acidente de trânsito); ii) na apresentação do projeto aos infratores e às famílias e iii) na aplicação de questionários aos ofensores, os quais tratariam de suas concepções acerca de justiça, cidadania e ofereciam as suas opiniões sobre a pena que cumpriam e acerca da condução do processo no qual foram réus.
- 3 CLARK, William A. V. Geography in court: expertise in adversarial settings. **Transactions of the Institute of British Geographers**, Londres, v. 6, n. 1, p. 14, 1991.
- 4 FEELEY, Malcom M. **The Process is the punishment: handling cases in a lower criminal court**. Nova Iorque: Russel Sage Foundation, 1992. p. 27.
- 5 REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica: luci e ombre della restorative justice**. Milão: Editora Franco Angeli, 2010. p. 21-24.
- 6 Ibid, p. 61.
- 7 Ibid, p. 69-72.
- 8 Ibid, p. 79-81.
- 9 CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, Oslo, v. 17, n. 1, p. 3, 1977.
- 10 Ibid, p. 8-9.
- 11 ZERH, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 199-202.
- 12 Ibid, p. 185-186.
- 13 CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating restorative justice**. Portland Oregon: Hart Publishing, 2010. p. 2.
- 14 ZEHR, op. cit., p. 89-90.
- 15 REGGIO, op. cit., p. 66-67.
- 16 REGGIO, op. cit., p. 163. Mark Umbreit crítica a mediação que foca em uma composição material, para ele, é mais relevante o encontro entre vítima e ofensor, “mediação humanitária”, baseado no reconhecimento do alter e de uma humanidade mútua, o que só seria possível com um encontro face a face. Por meio desse reconhecimento, as partes se tornariam mais abertas ao diálogo, mais responsáveis e mais dispostas a compreender o ponto de vista uma da outra. O acordo restaurativo então possuiria uma importância secundária na perspectiva da *Encounter Theory* (REGGIO, op. cit., p. 101-102).
- 17 CUNNEEN; HOYLE, op. cit., p. 42-47,
- 18 CUNNEEN; HOYLE, op. cit., p. 125.
- 19 DE VITTO; Catherine; OXHORN, Philip. Micro-justiça, desigualdade e cidadania: a construção da sociedade civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, 2005. p. 190.
- 20 DE VITTO; OXHORN, op. cit., p. 199.
- 21 CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, 2005. p. 215.
- 22 HOLSTON, James. **Insurgent citizenship: disjunction of democracy and modernity in Brazil**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 3, 28-30, 63-64.
- 23 HOLSTON, op. cit., p. 190.
- 24 SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988. p. 139.
- 25 SANTOS, op. cit., p. 141.
- 26 CALDEIRA, Teresa. Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 44-46, 2002. Disponível em: <http://cienciae cultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252002000100021&script=sci_arttext&tlng=em>. Acesso em: 19 jan. 2015.

- 27 Dois terços (2/3) dos questionados não possuíam ensino superior. A idade mínima foi de 25 anos e a máxima 61 (considerando apenas aqueles que a identificaram). Cinco sextos (5/6) dos questionados foram condenados por cometerem crimes muito leves e de perigo abstrato.
- 28 TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 10.
- 29 TAVARES, op. cit., p. 11.
- 30 ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 435-441.
- 31 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2. p. 327-330.
- 32 BRASIL. Departamento Nacional de Trânsito. **Frota Nacional** (Junho de 2014). 2014. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/frota2014.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2014.
- 33 WAISELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013: acidentes de trânsito e motocicletas**. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2013. p. 62-74.
- 34 ROCHE, Declan. **Accountability in restorative justice**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 8.
- 35 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12: princípios básicos para utilização de Justiça Restaurativa em matéria criminal**. Nova Iorque: Conselho Econômico e Social da ONU, 2002.
- 36 ZEHR, op. cit., p. 205.
- 37 ROCHE, op. cit., p. 4-5.
- 38 SANTOS, op. cit., p. 9-17.
- 39 LYRA FILHO, Roberto. **Razões de defesa do direito**. Brasília: Editora Obreira, 1981. p. 12.
- 40 GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- 41 CUNNEEN; HOYLE, op. cit., p. 132-134.
- 42 REGGIO, op. cit., p. 35.
- 43 CUNNEEN; HOYLE, op. cit., p. 93.

RESTORATIVE JUSTICE AND UNINTENTIONAL TRAFFIC OFFENCES

ABSTRACT

The restorative paradigm is proposed as a way to empower and emancipate citizens from a state of apathy and passiveness with regard to their relationship to conflict and its resolution. Focusing specifically on unintentional traffic crimes, the research was organized in two phases, combining a qualitative methodology based on unstructured interviews and observation with qualified literature review. As such, the research was carried out in the Second Court of Traffic Offences of Curitiba, Paraná, and through the interaction, at the “Paz no Trânsito” Institute, with family members of victims of traffic offences, as well as offenders who were serving a sentence. As the restorative rite is a volunteer experience that encourages dialogue, reflection about the causes of the issue and the joint formulation of a solution to the

conflict, it may demonstrate that the person is able to act responsibly and act as a modifying agent of their own reality. It follows that the field of culpable and transit crimes appears as fertile ground to test the effectiveness of this form of justice, due to the absence of direct purpose in causing the damage and the ineffectiveness of State punishment in preventing the offence.

Keywords: Restorative Justice. Unintentional crimes. Citizenship.

Submetido: 21 mar. 2017

Aprovado: 28 abr. 2017

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À VÍTIMA: UMA PROPOSTA DE ARRANJO INSTITUCIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA

*Antonio Henrique Graciano Suxberger**

*Mayara Lopes Cançado***

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Aproximação conceitual de Vitimologia e sua conformação no Direito brasileiro. 2.2 Os direitos das vítimas de crime e o atual estado de coisas da legislação federal na última década. 2.3 Aproximação das políticas públicas: atores e planos de realização. 2.4 Arranjo institucional e um estreito diálogo interorganizacional. 2.5 Integração operacional que reclama políticas de Estado. 3 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo analisa a orientação legislativa na última década quanto à conformação das políticas públicas de proteção à vítima no processo penal. A pesquisa menciona a relevância de se observar essas políticas públicas sob a perspectiva de um arranjo institucional de segurança pública, em que o sistema de justiça criminal não atua de forma exclusiva. O estudo observa revisão bibliográfica e documental da doutrina pátria sobre o tema, abordando aproximações conceituais da Vitimologia e de Políticas Públicas. O artigo revisita os principais direitos das vítimas no processo criminal para cotejá-los com a contribuição das políticas públicas, especialmente em relação à conformação dos atores e dos planos de realização das políticas públicas atinentes à vítima de delito. A importância do trabalho reside na compreensão de que as políticas públicas de promoção dos direitos assegurados à vítima no processo penal reclamam políticas de Estado, por meio de uma integração operacional e de um estreito diálogo interorganizacional dos atores de segurança pública.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Vitimologia. Arranjo institucional.

* Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub/DF. Professor do Máster em “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” e Professor Associado da linha de investigação “Derechos Humanos y Desarrollo” do programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Promotor de Justiça no DF. E-mail: <suxberger@gmail.com>.

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF (2011). Pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT (2016). Atualmente é servidora do Ministério do Trabalho e encontra-se cedida ao Superior Tribunal de Justiça. E-mail: <mayacancado@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

No cenário acadêmico atual, é possível constatar que as políticas públicas não fazem parte da maioria dos currículos de graduação nem das pós-graduações em Direito. O ensino jurídico brasileiro, há quase dois séculos, “não se propôs, especificamente, a formar profissionais do direito preparados para estruturar, operar e aprimorar políticas públicas e programas de ação governamental”.¹ Apesar das inúmeras dificuldades conceituais, metodológicas ou empíricas, é perceptível a necessidade de se explorar as interações entre o Direito e as Políticas Públicas, principalmente por se tratar de uma área sensível, ainda incipiente aos juristas e de nítida preocupação prática ao que se discute no Direito.

A eleição das políticas públicas de proteção à vítima como objeto de estudo dá-se por força da carência de estudos jurídicos na área da implementação de políticas públicas. É possível constatar a limitação, do ponto de vista acadêmico, de recursos metodológicos para uma melhor conexão entre o Direito e as Políticas Públicas. Essa deficiência acadêmica dificulta a formação de profissionais preparados para atuarem como possíveis gestores públicos. O Direito, é certo, volta-se à necessidade de acolher a contribuição da Vitimologia para o desenho institucional de suas estruturas de funcionamento. No entanto, a preocupação dirigida a um conhecimento jurídico aplicado é reflexo da relevância - ou mesmo da urgência - a que a abordagem jurídica igualmente se dedique ao modo pelo qual as prescrições jurídicas assumem contornos práticos, isto é, ao modo pelo qual as ações de Estado asseguram a materialização da opção positivada juridicamente de proteção ou garantia desse ou daquele direito.

Quanto aos reclamos de Vitimologia, é possível observar que, apesar de a última década trazer diversos aportes legislativos a respeito do tema, há uma carência de estudos que tratem do assunto de forma clara e sistemática. Por esse motivo, o artigo visa a contribuir com uma abordagem crítica do atual estado de coisas da legislação e sua conformação empírica.

As políticas públicas substanciam a convergência entre o funcionamento do governo e a formação dos arranjos institucionais. A essa preocupação se refere a chamada “política jurídica”, ocupada da compreensão do fenômeno governamental dentro ou a partir do direito. O estudo das políticas públicas, nessa toada, nada mais é que uma aproximação da tecnologia jurídica incidente na realização do Estado.²

A categorização da dogmática jurídica, tal como realizada por Albert Calsamiglia,³ mostra-se igualmente útil. Ao apresentar três diferentes estilos de conformação da dogmática jurídica, Calsamiglia destaca a ciência, reputada como “pura” e situada no debate epistemológico de afirmação do direito; a técnica, esta, orientada precipuamente pela pragmática e pelos meios próprios de realização e manifestação do direito; e, finalmente, a tecnologia jurídica. Esta última cuidaria da visualização dos arranjos, dos sujeitos e dos instrumentos próprios de realização do direito.

O estudo das políticas públicas - de viés instrumental analítico, por isso afirmado como “tecnologia jurídica” - resolve-se no debate sobre os arranjos institucionais necessários à implementação das garantias jurídicas positivadas. Trata-se, assim, de identificar, sistematizar as condições, as regras e as instituições jurídicas necessárias a um Estado em desenvolvimento para formular e executar políticas públicas, criando canais e processos de organização das forças da sociedade.

Nesse sentido, é possível citar uma inovação na legislação quanto à fixação dos atores de sistema de justiça como atores de realização responsáveis pela implementação de políticas públicas de garantia à vítima, com a previsão de um diálogo interorganizacional, por meio de um arranjo institucional. Entretanto, esses atores se deparam com dificuldades teóricas e práticas no momento de dar cumprimento às disposições legislativas. Essa complexidade, não raro, pode gerar um esvaziamento semântico das previsões legislativas e desestimula os gestores públicos.

Dessa forma, é com base nessas avaliações que a pesquisa a ser desenvolvida pretende aprofundar o conhecimento acadêmico sobre o tema. Além disso, o estudo contribuirá para uma abordagem aplicada a respeito do motivo pelo qual as previsões legislativas acerca das reivindicações de Vitimologia possivelmente carecem de eficácia.

O estudo observará revisão bibliográfica e análise documental da doutrina pátria sobre o tema e tomará como amostra a legislação federal promulgada e publicada no decorrer da última década (2006 – 2016), mais especificamente as leis federais que versem sobre proteção à vítima no processo penal, com uma abordagem crítica e minudenciada das previsões legislativas e suas respectivas propostas de alteração na inclinação legislativa.

Inicialmente, é apresentada uma abordagem conceitual de Vitimologia e sua conformação no direito brasileiro, com uma aproximação conceitual do termo vítima de delito. Seguidamente, o artigo explorará a compreensão das vitimizações causadas direta e indiretamente pela prática criminosa, identificará os principais direitos das vítimas de crime e exporá o atual estado de coisas da legislação federal na última década. Em sequência, pretende-se uma aproximação das políticas públicas, com especificações de alguns atores e planos de realização delas atinentes à vítima no processo penal. Buscam-se, como base, as interações existentes entre o Direito e as Políticas Públicas, a partir da perspectiva dos papéis do Direito e dos juristas nas políticas públicas e da importância de um ensino jurídico acadêmico que englobe o campo das políticas públicas. Por fim, propõe-se um arranjo institucional com um estreito diálogo interorganizacional para a implementação de políticas públicas de proteção à vítima de delito, demonstrando a necessidade de ações que reclamam políticas de Estado.

2 DESENVOLVIMENTO

Para o desenvolvimento do presente artigo, impõe-se a compreensão da própria Vitimologia e sua contribuição para o desenho das políticas públicas de acolhimento e proteção à vítima no processo criminal. O estudo, pois, dos diplomas legais dirigidos a ações de proteção das vítimas, na última década, é exemplificativo da preocupação de atuação articulada e conjunta dos atores estatais incumbidos tanto do programa político-criminal do Estado quanto das ações dirigidas à segurança pública. A abordagem dos atores e dos planos de realização das políticas públicas mostra-se, então, tema indissociável dessa problematização, para permitir a afirmação da necessidade de uma atuação integrada e de arranjos institucionais adequados à concretização das prescrições normativas.

2.1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL DE VITIMOLOGIA E SUA CONFORMAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Primeiramente, optando-se por não abordar as discussões doutrinárias quanto à origem da Vitimologia como uma ciência e sua conseqüente evolução histórica, importa destacar as três fases peculiares que demonstram a importância da vítima no processo penal: fase protagonista, fase de neutralização e fase da redescoberta.⁴ O protagonismo da vítima se refere à fase da vingança privada, em que, preteritamente, a própria vítima dava ensejo à persecução penal e à imposição de um castigo. Em contrapartida, na neutralização, o *ius puniendi* passou à titularidade estatal, o que substituiu a outrora vingança privada por uma verdadeira resposta pública. E, finalmente, há a redescoberta, fase em que a Vitimologia se desenvolveu paralelamente a uma extensa cadeia de políticas sociais em favor das vítimas, por exemplo, programas de assistência, reparação, compensação e tratamento.

A passagem da fase de neutralização para a fase da redescoberta, sob o enfoque do movimento vitimológico, destaca-se no tocante a uma abordagem conceitual do termo vítima. Dentre os diversos conceitos possíveis, ressalta-se o conceito jurídico-penal, sob o prisma das interações da Vitimologia e as suas conseqüências reformulações.

Interessa revisitar o conceito de vítima de delito quanto ao seu aspecto jurídico, restrito à área criminal, em que a vítima penal é a pessoa atingida pela ofensa de terceiro a uma norma jurídica de direito penal, a qual poderá sofrer algum prejuízo, dano ou lesão decorrente de prática criminosa. A concepção criminológica da vítima escapa do recorte do presente estudo, por considerar o crime como fenômeno da realidade, fruto de condições sociológicas dentre outras peculiaridades e não examinar a vítima em face da violação de uma norma, de uma lei.

A Organização das Nações Unidas (ONU) passou a demonstrar interesse pelo tema em 1980, ocasião em que foi elaborada a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder,⁵ a qual se ateve a dois tipos específicos

de vítimas: as vítimas de delito e as vítimas de abuso de poder. No tocante às vítimas de delito, a declaração da ONU as conceitua:

1. Entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, *como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor* num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.
2. Uma pessoa pode ser considerada como “vítima”, no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo “vítima” inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.⁶ (Grifamos).

Com base na definição fornecida pela ONU, é possível constatar que o conceito de vítima vai além da pessoa diretamente afetada pelas consequências do delito, podendo incluir tanto a família quanto as demais pessoas indiretamente afetadas, por exemplo, terceiros que intervêm para proteger a vítima ou para prevenir que ocorra a vitimização. Desse modo, entende-se como vítima o sujeito passivo eventual da prática criminosa, isto é, quem sofre os efeitos negativos da ação delituosa, com especial proteção do legislador. A identificação desse sujeito passivo eventual depende de cada caso concreto, levando em consideração o objeto jurídico do crime e o interesse protegido penalmente. Entretanto, há também o denominado sujeito passivo constante, presente em todos os crimes: o Estado, o que justifica a sua legitimação para a persecução penal na grande maioria dos crimes. Posto isso, utilizaremos a expressão vítima como sinônimo de sujeito passivo eventual.

A vítima é, sem dúvida, o sujeito mais frágil em todo o sistema de justiça criminal – motivo pelo qual necessita de especial atenção. Maia Neto, ao mencionar o fracasso do sistema penal em reparar, prevenir e alcançar o objetivo da reintegração social, afirma que, para uma visão mais moderna, a principal missão da Justiça criminal é “reparar e indenizar as vítimas de crime, posteriormente, secundária ou paralelamente, à punição do autor do ilícito”.⁷ Entretanto, a finalidade do Direito Penal que tem ganhado mais destaque é a da dupla função preventiva, fornecida por Ferrajoli:⁸ a prevenção de delitos e a prevenção de penas arbitrárias ou desmedidas contra o autor da infração.

A título ilustrativo, um exemplo se presta a essa constatação, no tocante aos efeitos da condenação penal. O art. 91 do Código Penal prevê, como efeito secundário da condenação, o dever de reparar o dano, além de tornar certa a obrigação de indenizar os prejuízos. Contudo, a reparação de danos às vítimas deveria ser efeito primário, mais relevante ou tanto

quanto a própria pena privativa de liberdade. Nesse sentido, é possível mencionar a atual tendência despenalizadora trazida pela Lei 9.099/95,⁹ que, além de dispor sobre os Juizados Especiais, valoriza a reparação da vítima como condicionante ou indicadora da desnecessidade da persecução penal.

Além disso, há a necessidade de um amparo mais efetivo à vítima e menos meramente teórico, em prol da humanização do processo penal, com foco em um conflito humano, regado de soluções reais, atento aos problemas, aos anseios e aos interesses das pessoas reais envolvidas, em detrimento de uma mera resposta jurídico-formal. No entanto, o atendimento processual dispensado à vítima, muitas vezes, mostra-se potencialmente hábil a lhe causar tantos ou mais males do que a própria prática do crime, ensejando assim um novo processo de vitimização. Com enfoque na proporção do fenômeno vitimal e nas suas consequências para a vítima, a doutrina passou a classificar os distintos processos de vitimização sob três aspectos específicos: vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária.

No tocante aos graus de vitimização, o primeiro dano está exclusivamente associado à prática de uma conduta típica prevista como infração penal e a sua subsunção à norma penal repressora; dito de outra forma, a vitimização primária resulta diretamente do crime e causa danos diversos, como materiais, físicos, psicológicos. Já a vitimização secundária ou sobrevitimização¹⁰ se refere aos danos causados pela atuação das instâncias formais de controle, mais especificamente, pelo sistema de justiça criminal, nos quais se incluem policiais, juízes, promotores, peritos, serventuários da justiça, como participantes do processo penal e os primeiros a terem contato com a vítima após a ocorrência do fato delituoso. Essa sobrevitimização tende a agravar as consequências da vitimização primária, devido ao fato de o sistema de justiça penal possuir a atuação voltada ao delinquente e à investigação, geralmente sem orientação vitimológica.

Imagine-se uma vítima de estelionato que procura uma delegacia de polícia para prestar um boletim de ocorrência e obter informações. Normalmente, o agente de polícia faz o atendimento, anota as informações que entende como relevantes para o deslinde do caso e dispensa a vítima, sem lhe prestar maiores informações a respeito dos procedimentos e ações para reaver os valores extraviados. Nesses casos, muitas vezes, o sofrimento da vítima é esquecido. Não há uma maior preocupação com suas expectativas e suas necessidades. A grande demanda de questões policiais faz que o fato, de suma importância para a vítima, se torne corriqueiro para os policiais. Esses, não raro, deixam de dar a devida atenção à vítima como sujeito de direitos; a vítima, então, passa a ser objeto de investigação. Além de a vítima se sentir “culpada” por ter se deixado levar pela fraude, ela se sente desrespeitada e frustrada com a atuação das instâncias de controle.

Fernandes conceitua vitimização secundária como “resultante do indevido funcionamento do sistema processual e da irregular atuação da máquina policial ou judiciária”.¹¹ Assim, é possível afirmar que essa vitimização é mais preocupante do que a própria vitimi-

zação primária, especialmente pela sensação de desamparo e frustração causada na vítima; por esta, em tese, esperar que as instâncias de controle não só respeitem como também resguardem seus direitos, outrora atingidos e prejudicados com a ocorrência do delito. Essa falta de preocupação demonstra um desvirtuamento de finalidade na atuação jurisdicional, gerando uma grave perda de credibilidade nas instâncias formais de controle. Por sua vez, a vitimização terciária emerge da falta de amparo do Estado e da ausência de receptividade social, mediante o contato da vítima com o seu meio ambiente social ou grupo familiar, no trabalho, na escola, na igreja ou em qualquer outro convívio social; esse tipo de vitimização é resultante do desamparo de assistência pública e social. Normalmente, o medo da rotulação, não raro, faz que a vítima sofra novamente um dano, uma vez que se vê compelida a não tornar pública a ocorrência do crime.

O enfoque deste estudo compreende a análise da vitimização secundária, com algumas nuances da terciária, abordando possíveis prevenções no âmbito das políticas públicas, por meio de um arranjo institucional de segurança pública.

2.2 OS DIREITOS DAS VÍTIMAS DE CRIME E O ATUAL ESTADO DE COISAS DA LEGISLAÇÃO FEDERAL NA ÚLTIMA DÉCADA

Com o propósito de sistematizar os principais direitos e garantias das vítimas tutelados no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, destacam-se quatro vertentes de direitos vitimais: direito à proteção, direito à informação, direito à participação e direito à solução consensual do processo. Dentre essas quatro vertentes, interessa revisitar o direito de proteção da vítima em sua acepção mais restrita, o qual tem como objetivo promover o retorno da vítima à sua posição anterior ou diminuir, tanto quanto possível, os efeitos danosos causados pela ocorrência da infração penal. Em resumo, a atual legislação processual penal brasileira dispõe sobre cinco novas perspectivas ao direito à proteção: direito a um tratamento respeitoso, direito à proteção da segurança, direito à proteção da privacidade, direito a uma assistência multidisciplinar (médica, psicológica, social, jurídica) e direito ao amparo econômico do Estado.¹²

A Lei 11.690/2008¹³ conferiu nova redação ao artigo 201 do Código de Processo Penal e reconheceu vários direitos em prol da vítima, especialmente no tocante ao direito de proteção. Esse artigo prevê, no § 4º, o direito à separação física do acusado por ocasião da instrução; já o § 5º estabelece tanto o atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, quanto o direito à assistência jurídica no âmbito do processo criminal, ambos às expensas do Estado ou do autor do delito. Por fim, o § 6º dispõe sobre o direito às providências necessárias para a preservação da honra, da privacidade e da imagem no curso do processo.

Entre as perspectivas do direito à proteção da vítima mencionadas, destaca-se o direito à proteção da honra, da imagem e da privacidade em face da publicidade ampla prevista,

como regra, no processo penal. Essa publicidade exerce o papel de garantia de garantia ou garantia de segundo grau,¹⁴ de modo que possibilita o monitoramento do respeito às garantias primárias e assegura a transparência da atividade jurisdicional, além de afastar a desconfiança da população quanto à Administração da Justiça. Entretanto, a publicidade não é uma garantia de caráter absoluto ou tida como inafastável no âmbito do processo penal. Em algumas situações, o interesse público à informação deve ceder em virtude do interesse privado de caráter preponderante no caso concreto. Exemplo dessa mitigação dá-se com a Lei 12.015/2009,¹⁵ que acrescentou o art. 234-B ao Código Penal. A modificação legislativa objetivou claramente o resguardo da intimidade da vítima de crimes contra a dignidade sexual, por meio da imposição da obrigatoriedade de segredo de justiça, isto é, publicidade restrita ou interna.

Essa ponderação de garantias visa a mitigar a superexposição midiática, que coleciona casos de abuso do direito à informação, provavelmente devido à busca desmedida de relatos e ao excesso de curiosidade. Entende-se por superexposição midiática o fato de a vítima ficar demasiadamente exposta ao meio social, em razão da repercussão que pode ensejar a prática da infração penal, além de consistir em uma forma de constrangimento causadora dos danos decorrentes das citadas vitimizações secundária e terciária; tornando-se, portanto, necessária à tutela estatal.

Veja-se que a proteção da vítima, nesse ponto, caminha *pari passu* com a tutela do próprio acusado. Na expressão de Eleonora Rangel Nacif, a indevida publicidade dos fatos que estão sob sigilo acaba transformando o suspeito em indiciado, o indiciado em denunciado, o acusado em condenado. Da existência de indícios passa-se rapidamente à afirmação contundente de que a prova é robusta, e, assim, quem deveria presumir-se inocente é prontamente culpado. “É o famoso julgamento do fato e da pessoa pela mídia e pela opinião formada por esta”.¹⁶

A Lei 11.690/2008¹⁷ também promoveu importante alteração em relação ao direito à informação da vítima. Esta, independentemente de sua habilitação como assistente, deve ser comunicada a respeito dos seguintes eventos ocorridos no curso do processo: entrada e saída do acusado da prisão, designação da data para realização da audiência, prolação da sentença ou do acórdão respectivo que a mantenha ou modifique. A inclusão dessa série de direitos outrora não conferidos à vítima demonstra uma maior preocupação do legislador com a figura do ofendido. A sua participação não mais se restringe a fornecer elementos de prova. Os atores do sistema de justiça criminal possuem a responsabilidade de não só incluir a vítima, mas de mantê-la informada de todos os atos do processo. A alteração promovida, na medida em que assegura ao particular atingido pela ação criminoso e credor da resposta estatal algum tipo de satisfação, fomenta verdadeiro *accountability* institucional – responsabilização, obrigação, prestação de contas – para com o sujeito de direitos mais sensíveis da persecução criminal.

A Lei 11.719/2009¹⁸ concedeu nova redação ao inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando ao juiz, por ocasião da sentença penal condenatória, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal. A alteração legislativa não cria propriamente uma ação civil cumulada com uma ação penal no juízo criminal, pois a possibilidade de pronta fixação de indenização substancia apenas efeito da sentença condenatória. Convém lembrar que, relativamente à pretensão de reparação ou compensação pelo dano causado à vítima por força da ação criminosa, vigora entre nós o sistema da independência das instâncias, isto é, não há estrita vinculação ou dependência entre a ação penal e a ação de reparação e/ou compensação do dano à vítima. Por isso, a possibilidade da antecipação da fixação de valor indenizatório pelo juízo criminal não inibe ou não impede o manejo da ação civil *ex delicto*.¹⁹

Os artigos 63 e 64 do Código de Processo Penal preveem duas opções para que o ofendido possa buscar o ressarcimento do dano causado pelo delito: a ação de execução *ex delicto*, de natureza executória, pressupõe a existência de um título executivo, consubstanciado na sentença penal condenatória com trânsito em julgado; e a ação civil *ex delicto*, proposta no âmbito cível, de natureza cognitiva e independente da ação criminal.²⁰ No primeiro caso, a vítima se vale da sentença condenatória para liquidá-la na esfera cível e, na sequência, promover os atos de execução para indenização do prejuízo experimentado por força do crime. No segundo caso, de espectro mais amplo, permite-se que a discussão seja conduzida, inclusive, para a eventual compensação (e não só reparação) dos danos experimentados pela prática criminosa, a abranger, portanto, a possibilidade de danos morais ou mesmo outros danos que extrapolem a simples recomposição patrimonial do ofendido.

Além das alterações normativas já mencionadas, algumas outras leis que promoveram direta ou indiretamente a proteção e os direitos das vítimas foram publicadas no decorrer dos últimos dez anos. Destacam-se a Lei 12.415/2011,²¹ que autorizou a fixação de alimentos provisórios em favor de criança ou adolescente dependentes de agressor que seja afastado da moradia comum por determinação judicial, a Lei 12.461/2011,²² que estabeleceu a notificação compulsória dos atos de violência praticados contra idoso atendido em serviço de saúde, a Lei 12.483/2011,²³ que instituiu o Programa de Assistência a Vítimas e a Testemunhas, e a Lei 12.845/2013,²⁴ que determina atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.

Contudo, para além das alterações pontuais realizadas por esses diplomas legais, faz-se necessário revisitar, de forma mais minudenciada, a Lei 11.340/2006,²⁵ conhecida como Lei Maria da Penha, bem como a Lei 11.530/2007,²⁶ que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci. Ambos os diplomas versam de forma mais específica sobre políticas públicas (planos, programas, projetos, ações) atinentes à proteção da vítima de crime e à prevenção de delitos.

A Lei 11.340/2006²⁷ trouxe um arcabouço de medidas assecuratórias à mulher, com potencial de produzir importantes impactos sociais para o enfrentamento da violência doméstica

e familiar. Entretanto, essa lei não obteve, de imediato, efetividade prática, devido ao pouco preparo dos órgãos de segurança pública e do sistema de justiça criminal para abordagem própria e específica desse tipo de violência, que vai muito além da simples correspondência com os tipos penais da legislação comum. A Lei Maria da Penha traduz uma opção evidente por um marco normativo protetivo da mulher em situação de violência doméstica e familiar. Não se trata de um diploma legal com preceitos penais ou processuais apenas, mas de uma maneira específica de realização da intervenção do Estado por sua ferramenta mais dura de controle social: o Direito Penal. A Lei 11.340/2006 reúne “um conjunto de preceitos normativos que estabelecem aprioristicamente a necessária consideração do contexto histórico e social de violência de gênero vivenciado no país”.²⁸ As disposições dessa Lei vão muito além do jurídico. A temática da violência doméstica e familiar pede uma sofisticada interação dos arranjos institucionais do Estado brasileiro. As políticas públicas materializam a convergência entre o funcionamento dos órgãos de Estado e a formação de seus respectivos atores. A inovação trazida pela Lei 11.340/2006, especialmente em relação à vítima, dá-se no campo da “política jurídica”, justamente por manifestar preocupação com a compreensão do fenômeno governamental dentro ou a partir do direito.²⁹

O advento da Lei 11.530/2007³⁰ impactou, entre outros pontos, na implementação de políticas públicas para efetivação das disposições da Lei Maria da Penha. Ao positivar o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci, a Lei 11.530/2007 buscou articular políticas de segurança com ações sociais; privilegiou a prevenção e centrou-se na consideração das raízes da violência, sob o enfoque da valorização dos profissionais de segurança pública, da reestruturação do sistema penitenciário, do combate à corrupção policial e do envolvimento da comunidade na prevenção da violência. O Pronasci estabelece 94 medidas, entre ações estruturais e programas locais, envolvendo a União, os Estados, os Municípios e a própria comunidade. O problema da criminalidade, nos termos da Lei de 2007, passou a ser visto como uma responsabilidade de âmbito Federal, Estadual, Distrital, Municipal e da sociedade, de forma integrada, e não mais, por exemplo, Federal ou Estadual, isoladamente. Quando analisadas as modificações propostas pelo Programa, salta aos olhos a nova visão de uma democracia participativa, com a utilização da conjunção aditiva “e” ao invés da conjunção alternativa “ou”, quando se arrolam os atores de políticas públicas.

A título ilustrativo, uma das ações estruturais previstas é a implantação de Territórios de Paz, com foco no projeto Mulheres da Paz, destinado à capacitação de mulheres socialmente atuantes. Esse programa tem o objetivo de promover a emancipação das mulheres, a prevenção e o enfrentamento da violência contra as mulheres, isto é, um verdadeiro projeto de inclusão social do país.

O público-alvo das ações que integram o Pronasci é dividido em quatro focos: foco etário (população juvenil de 15 a 24 anos), foco social (jovens e adolescentes egressos do sistema prisional ou em situação de moradores de rua, famílias expostas à violência urbana,

vítimas de criminalidade e mulheres em situação de violência), foco territorial (regiões metropolitanas e aglomerados urbanos que apresentem altos índices de homicídios e de crimes violentos) e foco repressivo relacionado ao combate de crime organizado. Dentre as diretrizes do Programa, apresentadas no art. 3.º da Lei 11.530/2007,³¹ destaca-se o inciso VIII, que prevê a participação e a inclusão em programas capazes de responder, de modo consistente e permanente, as demandas das vítimas de criminalidade, por intermédio de apoio psicológico, jurídico e social, não desprezando as demais diretrizes, que, direta ou indiretamente, refletem nas políticas públicas de segurança e proteção das vítimas de delito.

As disposições que prestigiam a vítima, se dissociadas da positivação de planos, programas, projetos e ações de Estado, tendem a ensejar preceitos jurídicos carentes de efetividade. A ação estatal que ampara o funcionamento do sistema de justiça criminal deve, pois, necessariamente atuar de modo articulado com as políticas públicas que abrangem o programa de segurança pública do Estado como um todo. Essa necessária articulação se dá, pois, com a assunção dos temas de políticas públicas à problematização dos temas jurídicos dirigidos à proteção da vítima.

2.3 APROXIMAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ATORES E PLANOS DE REALIZAÇÃO

A definição jurídica do termo políticas públicas não encontra consenso na doutrina especializada. Dallari Bucci vê as políticas públicas como “metas coletivas conscientes”, como programas de ações governamentais resultantes de um processo ou como conjunto de processos juridicamente regulados, por exemplo, processo administrativo, processo eleitoral, processo judicial, processo de planejamento. Para essa vertente, as políticas públicas propõem-se a articular os recursos disponíveis do Estado e das atividades privadas, para a promoção de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.³² Em contrapartida, Comparato³³ define as políticas públicas como um conjunto de normas e atos oriundos de um sistema legislativo, direcionados a uma finalidade pública determinada e unificada.

A despeito de haver diversas definições e abordagens de política pública, para o presente estudo, não é de grande valia destacá-las e diferenciá-las individualmente. Para os fins do presente estudo, basta a compreensão de que as políticas públicas são diretrizes elaboradas para enfrentar um problema público – “diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública”.³⁴ Secchi destaca dois elementos como fundamentais para a política pública: “intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante”.³⁵

O processo de elaboração de políticas públicas recebe o nome de ciclo de políticas públicas e compreende sete fases principais: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção.³⁶ Essas

fases não se apresentam sempre na mesma sequência, mas sim de forma heterogênea, a fim de se adequar a cada caso concreto, demonstrando que o processo de políticas públicas é incerto e os limites entre as fases não são claros. Entretanto, o ciclo de políticas públicas se destaca devido à sua funcionalidade para organizar as ideias e diminuir a complexidade da sua implementação.

Atores, no âmbito das políticas públicas, são os indivíduos, as organizações ou os grupos que exercem um papel na arena pública, dentre os quais se destacam os capazes de influenciar, direta ou indiretamente, o conteúdo e os resultados da política pública. A configuração de atores se apresenta em função de cada arena política, a depender de alguns fatores: relação dos resultados da política pública com as atividades do ator; probabilidade de efeitos positivos ou negativos sobre suas atividades; presença territorial do ator na área de aplicação; acessibilidade aos processos decisórios e de implementação das políticas públicas.³⁷

A respeito da titularidade da promoção dos direitos assegurados às vítimas, a noção de políticas públicas não se coaduna com a atuação isolada de um ator, pois, até nas políticas públicas em que a norma prevê um protagonista específico, há a influência de diversos atores ao longo de um ciclo político. Na esfera específica das políticas públicas atinentes à vítima, há tanto atores governamentais quanto não governamentais; isso demonstra, *a fortiori*, não ser um tema protagonizado exclusivamente pelo sistema de justiça criminal. Desse modo, é possível perceber, à primeira vista, a necessidade da existência de um arranjo institucional de segurança pública e uma atuação integrada, sem partilhas definidas de responsabilidades.

Os atores governamentais são aqueles que atuam em nome do Estado. Ultrapassando a clássica conformação tripartite dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, organizações como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Organização dos Advogados do Brasil (OAB), dentre outras, fazem o papel de atores governamentais e se destacam quando da elaboração, da execução e da avaliação de políticas públicas de proteção às vítimas de crime. Já os atores não governamentais são os indivíduos, os grupos e as associações que representam a sociedade civil, por exemplo, as organizações não governamentais (ONG's), os conselhos estaduais e municipais, os grupos comunitários e os cidadãos que atuam em prol da pacificação do seio comunitário. Pode-se afirmar que, com base na atuação dos atores governamentais e dos não governamentais, o ideal é uma atuação integrada, uma vez que assegurar os direitos das vítimas não é tema exclusivamente normativo ou jurídico, e a atuação isolada de atores governamentais revela-se fadada ao fracasso.

No tocante aos planos de realização, sob uma perspectiva focada na satisfação do interesse compensatório da vítima, evidencia-se uma ideia de solidariedade social, ainda que subsidiária, nas hipóteses em que o acusado não dispõe de meios suficientes para reparar a vítima. Pretende-se assegurar uma tempestiva e efetiva tutela da vítima, por intermédio de um esforço coletivo, com o fim de evitar os riscos dos meios reparatórios tradicionais.

Essa necessidade de implementação de instrumentos de reparação pública é recomendada por Organismos Internacionais,³⁸ dentre os quais se destacam as previsões do Estatuto de Roma, integrado ao ordenamento jurídico mediante o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.³⁹ O Estatuto, em seu artigo 75, reconhece o papel fundamental das vítimas e estabelece a reparação em favor delas, com natureza de restituição, indenização ou reabilitação, com o fim de prestar-lhes amparo econômico. Já no artigo 79, estabelece a criação de um Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias, e o inciso 2 desse artigo dispõe que: “O Tribunal poderá ordenar que o produto das multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o Fundo.”⁴⁰ A iniciativa de criação de Fundo para amparar as vítimas de crime – a exemplo do previsto pelo Estatuto de Roma para os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional - deveria ser reproduzida internamente, de modo a beneficiar todas as vítimas de crime.

A Lei Maria da Penha traz outras ações a serem implementadas no âmbito das políticas públicas de proteção à vítima, especialmente violência doméstica contra mulher. O capítulo I da Lei 11.340/06,⁴¹ intitulado “Das medidas integradas de prevenção”, além de determinar que a política pública deva ser realizada por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, estabelece algumas diretrizes, as quais, dada a sua relevância, merecem expressa citação (destaques nossos):

Art. 8º [...]

I - a *integração operacional* do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a *promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes*, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a *sistematização de dados*, a serem unificados nacionalmente, e a *avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas*;

III - o *respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família*, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a *implementação de atendimento policial especializado* para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a *promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção* da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a *celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria* entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

- VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;
- VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;
- IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.⁴²

A Lei 11.340/2006⁴³ é bom um exemplo de integração entre a atuação do sistema de justiça criminal e as ações de Estado para intervenção, de modo mais amplo e com respeito à complexidade do fenômeno da violência, no conflito ensejado pela prática criminosa. Nesse sentido, a Lei trouxe algumas inovações, no plano das políticas públicas, a serem implementadas não somente no âmbito de violência doméstica contra a mulher, mas a todas as espécies de crime. Dentre as inovações, tem-se a integração operacional, a ser mencionada no próximo capítulo; a promoção de estudos e pesquisas, visando à sistematização de dados, com a devida avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas; a implementação de atendimento policial especializado e a celebração de instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais. Outra iniciativa implementada por essa Lei foram as chamadas medidas protetivas de urgência (arts. 18-24 e ss.), com o fim de proteger efetivamente a mulher vítima de violência doméstica. Esse instituto teve como inspiração as *restraining orders* do direito inglês, orientadas por dois fundamentos: prevenção e proteção.⁴⁴ Essas medidas anteciparam a reforma das medidas cautelares, operada no Código de Processo Penal apenas no ano de 2011 por meio da Lei 12.403, uma vez que conferiram uma maior ousadia ao legislador no uso do poder cautelar do juiz e com vistas à superação de um modelo bipolar, isto é, ora de imposição da prisão, ora de observância da liberdade do acusado de modo desvinculado ao processo-crime a que responde.

Ressalte-se, entretanto, que a ação de implementação das medidas protetivas tem como atores não só o juiz, que decidirá no caso concreto, mas também o Ministério Público e os agentes de segurança pública, no sentido de facilitar a assistência da vítima e informá-la da existência do instituto, proporcionando a sua efetivação.

A Lei Maria da Penha também trouxe atribuições específicas ao Ministério Público como ator de políticas públicas, conforme os artigos 25 e 26. Atribui-se a ele, por exemplo, fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher, além de formular um cadastro com os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, com o objetivo de acompanhar as ocorrências e facilitar futuras atuações. Essa assunção de competência pelo Ministério Público é ilustrativa da adoção de uma abordagem cooperativa entre os Poderes e as funções do Estado. Para além da clássica divisão entre ações do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, a Lei privilegia ações de Estado, que podem ser conduzidas,

por certo, observada a competência legalmente estabelecida, por todos os atores estatais. A ação governamental, que traduz o desenho das políticas públicas vai muito além do desenho de competências e atribuições do Poder Executivo nos seus diversos âmbitos federativos.

No Título V, denominado “Da equipe de atendimento multidisciplinar”, a Lei 11.340/06⁴⁵ previu a criação de Juizados Especializados com uma equipe de atendimento multidisciplinar, com competência para fornecer subsídio aos demais atores e para desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida. A menção à nomenclatura “Juizado” não foi gratuita. Longe de se aproximar da atuação do Judiciário para os crimes de menor potencial ofensivo - de modo específico, os Juizados Especiais Criminais mencionados no art. 98 da Constituição da República -, a adoção da expressão “Juizado” justifica-se na extrapolação do exercício de uma competência que não se dá apenas no âmbito estritamente criminal. É dizer: a Lei 11.340/2006⁴⁶ fixa um *estatuto* de viés substancialmente protetivo. Para tanto, tem-se no Juizado de Violência doméstica e familiar contra a mulher uma série de medidas que vão muito além da resposta tradicional ao particular a que se impute a prática de crime. Em rigor, assumem maior relevância as ações de Estado para erradicação da violência, prevenção de novas ações violentas e, sobretudo, medidas de acolhimento da vítima, ainda que em paralelo e sem prejuízo da resposta penal.

Já a Lei 11.530/2007,⁴⁷ que instituiu o já mencionado Pronasci, fixa um verdadeiro marco político-criminal. Estabeleceu, de modo minudenciado, o arcabouço normativo para políticas sociais e ações de proteção às vítimas. São exemplos desse detalhamento o Projeto de Proteção de Jovens em Território Vulnerável, destinado à formação e à inclusão social de jovens e adolescentes expostos à violência doméstica ou urbana; o Projeto Mulheres de Paz, destinado à capacitação de mulheres socialmente atuantes nas áreas geográficas abrangidas pelo Pronasci; e o Projeto Bolsa-Formação, destinado à qualificação profissional dos integrantes das Carreiras de segurança pública, polícias militar e civil e outros, com o objetivo de valorizar esses profissionais e conseqüentemente beneficiar a sociedade brasileira. As ações e os projetos de implementação integrantes do Pronasci têm como principal ator a sociedade civil, cada vez mais agente e não apenas destinatária das leis. Exemplo da importância fornecida à sociedade civil pelo Pronasci são os projetos de inclusão e capacitação para jovens e mulheres socialmente atuantes, como agentes comunitários de prevenção e enfrentamento à violência.

Bastos⁴⁸ afirma que a pressão da sociedade civil organizada é o instrumento mais adequado para implementação de políticas públicas. A fixação e a fiscalização das políticas públicas devem ser analisadas sob a luz da soberania popular e não sob o viés da Separação de Poderes. Dito de outra forma, cabe à sociedade civil, diretamente interessada, fiscalizar a atuação dos demais atores, pressionando-os e apoiando-os, com o fim de implementar as políticas públicas.

2.4 ARRANJO INSTITUCIONAL E UM ESTREITO DIÁLOGO INTERORGANIZACIONAL

Diogo Coutinho⁴⁹ escreve a respeito das interações existentes entre o direito e as políticas públicas e tece importantes distinções entre as expressões “direito *das* políticas públicas” e “direito *nas* políticas públicas”, oportunidade em que aponta alguns papéis do direito nas políticas públicas. Nessa pesquisa, o autor aponta a carência do estudo das políticas públicas no âmbito do ensino jurídico e a distância acadêmica entre o Direito e o campo das políticas públicas. Embora os juristas sejam diariamente chamados a opinar e a decidir sobre questões relacionadas à política pública, muitos não estão preparados para esse diálogo, uma vez que lhes foram negligenciados, na academia, a problematização e o debate como método de estudo, apegando-se a referenciais teóricos e ensinamentos doutrinários. Dantas chega a afirmar que: “o curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático”.⁵⁰

O fato de, academicamente, a discussão sobre os efeitos de leis e de políticas públicas ser ignorada faz com que a maioria dos juristas brasileiros não saibam distinguir os papéis no cenário das políticas públicas e conseqüentemente ficam deficientes no papel de formular e propor soluções ou ajustes capazes de executar e aperfeiçoar políticas públicas. Diogo Coutinho chega a supor que a falta de consciência desse papel profissional tende a aumentar o risco de que haja maior opacidade na compreensão do problema; menor participação dos atores relevantes e pouca mobilização deles para o desenvolvimento das políticas públicas.⁵¹

Essa carência do debate das políticas públicas se intensifica nas ações em prol das vítimas no processo penal. A proteção da vítima, não raro, deixa de ser mencionada na maioria dos programas de ensino jurídico brasileiro. Normalmente, a atenção dos estudiosos do direito penal é voltada à pessoa do acusado e às penas, em especial, as privativas de liberdade, ficando a vítima sem a atenção devida.

Há uma visão fragmentária, que ainda permeia as políticas públicas, defendida por juristas administrativistas, para os quais as políticas públicas são percebidas, em regra, “como uma sucessão de atos administrativos e não como um *continuum* articulado, dinâmico e estruturado em torno de fins previamente articulados a meios”.⁵² As políticas públicas devem ser visualizadas como planos de ação prospectivos, em permanente processo de implementação e avaliação, não se confundindo com as categorias jurídicas dos atos administrativos.

Para que os agentes públicos possam elaborar e executar as políticas públicas, é preciso de um certo grau de discricionariedade, de uma margem de liberdade e de adaptação que vai além da dicotomia de atos vinculados ou atos discricionários. A questão não deve ser “pode ou não pode”, mas sim “como se pode” e “quais as estratégias necessárias”. Vale ressaltar que raramente o legislador minudencia os objetivos da política pública, o que dá lugar a caminhos alternativos para alcançá-los, uma vez que as políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptação, de ajustes e de avaliações.⁵³ Isso demonstra a necessidade de flexibilizar o arcabouço jurídico para a melhor atuação dos administradores e gestores públicos.

No caso dos direitos assegurados à vítima no processo penal, a elaboração, a execução e a avaliação de políticas públicas, em regra, ainda é analisada sob o viés de qual Poder ou ator público tem predominância ou exclusividade para atuar. Muito se discute sobre qual Poder teria melhores condições de fiscalizar a fixação e a implementação de políticas públicas. O debate sobre a competência para a concretização dessas políticas públicas, se primordialmente o Executivo ou se isso é função exclusiva do Judiciário - por se vincular umbilicalmente ao próprio processo criminal -, não se mostra relevante ou em conformidade com o contexto apresentado. Deixar a implementação das garantias aos direitos das vítimas a cargo apenas do Executivo ou exclusivamente do sistema de justiça criminal é minimizar a importância de tais direitos. O recomendável é uma atuação *conjunta* dos atores, dos públicos e dos privados, não mais cabendo a repartição de atribuições que outrora vigorava.

Além disso, no que se refere especificamente às políticas públicas em prol das vítimas no processo penal, não há recorrente discussão a respeito da judicialização dos direitos e do risco da interferência dos juízes nas políticas públicas, na medida em que eles, os juízes, são inegavelmente um dos atores tanto de implementação quanto de fiscalização dessas políticas. Apesar de o sistema de justiça criminal se destacar como ator dessas políticas públicas de proteção à vítima, não há que se falar em exclusividade, mas em arranjo institucional entre todos os atores de segurança pública que estejam direta ou indiretamente ligados à vítima de delito, para abranger o Ministério Público, a Defensoria Pública, as diversas Polícias, o próprio Judiciário, as equipes multidisciplinares de acolhimento e atendimento ou outros, a depender do caso concreto.

Coutinho propõe o direito como componente de um arranjo institucional com o objetivo de partilhar responsabilidades entre os atores, “uma espécie de ‘mapa’ de responsabilidades e tarefas nas políticas públicas.”⁵⁴ Já Dallari Bucci observa as próprias políticas públicas como “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando a adequar fins e meios.”⁵⁵ A ideia de um arranjo institucional está estritamente ligada a um diálogo interorganizacional, diálogo a ser promovido entre atores das instituições públicas e estes com os atores privados, visando a aproximá-los com o intuito de que haja um preenchimento de lacunas pela complementariedade sinérgica dos atores, ressaltando as vantagens e mitigando as deficiências de cada componente do arranjo.

2.5 INTEGRAÇÃO OPERACIONAL QUE RECLAMA POLÍTICAS DE ESTADO

Considerando o destaque do Estado em relação aos demais atores de políticas públicas, distinguem-se as expressões “política de governo” e “política de Estado”: a primeira possui relação com um grupo político detentor de mandato eletivo, isto é, a elaboração e o estabelecimento de políticas públicas têm prazo determinado, a depender do mandato eletivo. Já a política de Estado independe de ciclos eleitorais e visa a atender a demandas não solu-

cionáveis em mandatos, na medida em que depende de orientações e ações de longo prazo para impactar o quadro social.

As políticas públicas voltadas para a proteção da vítima no processo penal não podem ficar à mercê de jogo de interesses e a critério de grupos políticos detentores de mandato eletivo. Há de se buscar estratégias de controle de criminalidade socialmente orientado à vítima, sob um prisma tanto preventivo como reparatório, isto é, uma política criminal mais próxima do sistema penal da realidade social, destinada à estabilização social sob a perspectiva vitimológica. O nível de titularidade de conformação das políticas públicas em prol das vítimas de crime, pela análise da legislação federal na última década, tem exigido um arranjo institucional que vai além da tradicional separação dos poderes. Utilizando-se das previsões da Lei n. 11.340/2006,⁵⁶ cuida-se de um conjunto articulado de ações, ao lado de uma integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

Essa integração operacional se refere a uma atuação mais conjunta entre os atores, em que um ator complementa a ação de outro ator, sem que haja uma repartição específica de atribuições e competências. Cada ator deve saber a importância do seu papel para a efetividade da política pública. Cita-se o importante papel da sociedade civil como ator dessas políticas públicas, em prol da concreção do direito social à segurança pública. A democracia não se restringe ao viés de *status* (democracia representativa), mas há de ser compreendida como uma prática política. “A democracia considerada como prática política implica um projeto de construção ética do bem comum a partir da participação cidadã”.⁵⁷

A efetividade e a eficácia da implementação das políticas públicas de atendimento às vítimas parte do pressuposto de que é necessário um estreito diálogo interorganizacional, com a participação ética da sociedade civil e de todos os demais atores, comunicando e cooperando entre si, com um único objetivo: efetivar ações de proteção às vítimas de delito.

3 CONCLUSÃO

A partir da premissa de que as vítimas de crime são aquelas pessoas que sofrem direta ou indiretamente com as consequências do delito, isto é, o sujeito passivo eventual da prática criminosa, é possível constatar a relevância de que sejam implementadas políticas públicas com o fim de protegê-las e de minimizar os processos de vitimização.

A legislação mais recente tem mostrado que, apesar de a missão principal da Justiça criminal não ser a reparação da vítima, há uma tendência despenalizadora que valoriza a reparação da vítima e evita processos de vitimização gerados pela persecução penal. Essa tendência demonstra uma orientação legislativa com viés de humanização do processo penal. As modificações legislativas, na última década, tiveram como diretrizes quatro aspectos dos direitos vitimais: direito à proteção, direito à informação, direito à participação e direito à

solução consensual do processo. Entretanto, as leis que mais se destacam no que se refere especificamente às políticas públicas em prol das vítimas são a Lei 11.340/2006 e a Lei 11.530/2007, pois ambas estabelecem medidas e ações de segurança pública voltadas para a vítima de delito.

No que se refere às políticas públicas, é possível afirmar que são diretrizes elaboradas para enfrentar um problema público com o fim de se modificar a realidade, utilizando-se de atores governamentais e não governamentais. Esses atores não possuem atribuições rígidas ou formalmente delimitadas. Ao contrário, os atores devem interagir e se auto complementar, em prol de melhor implementar as políticas públicas.

A ausência de interações entre o direito e as políticas públicas, no âmbito acadêmico, demonstra um provável despreparo da maioria dos juristas para distinguir os diferentes papéis no cenário das políticas públicas, o que gera um risco de maior opacidade na percepção do problema, menor participação dos atores relevantes e pouca mobilização desses para o implemento das políticas públicas.

Especificamente em relação às políticas públicas de proteção à vítima no processo penal, não há que se falar em protagonismo de um ator, nem da exclusividade de atuação do sistema de justiça criminal, por mais perto que esse último esteja próximo da vítima, devido à persecução penal. A conformação legislativa mais recente, com destaque para aquela positivada na última década, tem por pressuposto para a sua efetividade a observância de um estreito diálogo dos atores dentro das organizações e entre elas, em uma atuação conjunta e integrada.

Assim, conclui-se que a inclinação legislativa na última década apresenta uma conformação de políticas públicas em prol das vítimas no processo criminal voltada para a atuação conjunta dos atores de políticas públicas no modelo de arranjo institucional. No entanto, essa conformação pressupõe políticas de Estado, que independem dos ciclos eleitorais e são implementadas a longo prazo, com ações contínuas. Percebe-se a necessidade de aplicação empírica desse modelo de arranjo institucional, com uma mudança de postura dos atores de políticas públicas, para evitar que as normas já existentes careçam de efetividade e eficácia.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A importância da Cidadania na definição e na implementação de políticas públicas. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2013.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. Sobre la dogmática jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 22, p. 235-276, 1982.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2009. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm>. Acesso em: 7 ago. 2016.

_____. Lei nº 12.415, de 9 de junho de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 130 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), para determinar que alimentos provisórios sejam fixados cautelarmente em favor da criança ou dos adolescente cujo agressor seja afastado da moradia comum por determinação judicial. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12415.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.461, de 26 de julho de 2011. Altera a Lei n. 10.741, de 1o de outubro de 2003, para estabelecer a notificação compulsória dos atos de violência praticados contra idoso atendido em serviço de saúde. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12461.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.483, de 8 de setembro de 2011. Acresce o art. 19-A à Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12483.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria de Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 3. ed. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2014.

MAZZUTTI, Vanessa de Bissio. **Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá, 2012.

NACIF, Eleonora Rangel. A mídia e o processo penal. **Observatório da Imprensa**, v. 13, n. 622, 28 dez. 2010. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução 40/34, de 29.11.1985**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A tutela da vítima no processo penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2010.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O Sistema Inglês. In: ÁVILA, Thiago André Pierobom de, et al. **Modelos Europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais**. Brasília: ESMPU, 2014.

_____. Os riscos de violência institucional na violência de gênero: uma necessária contribuição da teoria crítica dos direitos humanos. In: BARBOSA, Theresa K. de F. G. **A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos**. Brasília: Amagis, 2016. p. 199-218.

- 1 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 183.
- 2 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 185.
- 3 BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. Sobre la dogmática jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 22, p. 235-276, 1982.
- 4 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 3. ed. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 73.
- 5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução 40/34, de 29.11.1985**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 9 jul. 2016.
- 6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução 40/34, de 29.11.1985**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 9 jul. 2016.
- 7 MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 362-363.
- 8 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 269.
- 9 BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.
- 10 BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 70.
- 11 FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 38.
- 12 RODRIGUES, Roger de Melo. **A tutela da vítima no processo penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 69.
- 13 Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.
- 14 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 567.
- 15 BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 7 ago. 2016.
- 16 NACIF, Eleonora Rangel. A mídia e o processo penal. **Observatório da Imprensa**, v. 13, n. 622, 28 dez. 2010. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- 17 BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.
- 18 BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2009. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 19 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 307.

- 20 Ibid., p. 308.
- 21 BRASIL. Lei nº 12.415, de 9 de junho de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 130 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), para determinar que alimentos provisórios sejam fixados cautelarmente em favor da criança ou do adolescente cujo agressor seja afastado da moradia comum por determinação judicial. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12415.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 22 BRASIL. Lei nº 12.461, de 26 de julho de 2011. Altera a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, para estabelecer a notificação compulsória dos atos de violência praticados contra idoso atendido em serviço de saúde. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12461.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 23 BRASIL. Lei nº 12.483, de 8 de setembro de 2011. Acresce o art. 19-A à Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12483.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 24 BRASIL. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 25 Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 26 BRASIL. Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 27 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 28 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Os riscos de violência institucional na violência de gênero: uma necessária contribuição da teoria crítica dos direitos humanos. In: BARBOSA, Theresa K. de F. G. **A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos**. Brasília: Amagis, 2016. p. 199-218. p. 207.
- 29 Ibid., p. 208.
- 30 BRASIL. Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 31 BRASIL. Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 32 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.
- 33 COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 737.
- 34 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 157.

- 35 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 2.
- 36 Ibid., p. 43.
- 37 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 101.
- 38 CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- 39 BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 40 BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 41 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 42 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 43 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 44 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O Sistema Inglês. In: ÁVILA, Thiago André Pierobom de et al. **Modelos Europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais**. Brasília: ESMPU, 2014. p. 355.
- 45 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 46 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

- 47 BRASIL. Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 48 BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A importância da Cidadania na definição e na implementação de políticas públicas. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 146.
- 49 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.
- 50 DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. 1955, p. 452 *apud* COUTINHO Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 4.
- 51 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.p. 184.
- 52 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 18.
- 53 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.p. 187.
- 54 *Ibid.*, p. 188.
- 55 BUCCI, Maria de Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 250.
- 56 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.
- 57 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 123.

PUBLIC POLICIES ON THE PROTECTION OF VICTIMS: A PROPOSAL FOR AN INSTITUTIONAL ARRANGEMENT IN PUBLIC SECURITY

ABSTRACT

The present article analyzes the legislative approach adopted over the last decade, in relation to public policies on the protection of victims in Brazilian Criminal Law. The research mentions the relevance of observing such public policies under an institutional arrangement in public security, in which the Brazilian Criminal Justice System does not act exclusively. This study is a biographical and documentary research on the theme, also approaching concepts from Victimology and Public Policies Studies. The article also revisits the main rights of victims stated in Brazilian Criminal

Law, in order to analyze them upon crime victims' perspective. The importance of the study consists in understanding that public policies for the promotion of the rights of victims in criminal procedure require the creation of State policies, through an operational integration and a strict inter organizational dialog among public security actors.

Keywords: Public Policies. Victimology. Institutional Arrangements.

Submetido: 29 dez. 2016

Aprovado: 31 maio 2017

ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL E DO PODER JUDICIÁRIO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NA CIDADE DE SÃO LUÍS/MA¹

*Bruno Denis Vale Castro**

*Artenira da Silva e Silva***

1 Considerações iniciais. 2 A rede de enfrentamento à violência doméstica no Brasil: avanços e marcos legislativos. 3 A Delegacia Especial da Mulher de São Luís/MA: dificuldades no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher. 3. 1 A DEM de São Luís e as peculiaridades no atendimento à mulher vítima de violência doméstica. 4 A Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: atuação na cidade de São Luís. 4. 1 Análise dos dados dos processos de violência doméstica que tramitaram na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de São Luís de acordo com levantamento do ano de 2014. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Considerando os números crescentes de casos de violência doméstica contra a mulher e o déficit de estudos voltados para uma avaliação da estrutura das políticas públicas a níveis locais e seus efeitos para coibir a violência de gênero, este artigo tem o objetivo de realizar um levantamento de informações e dados referentes às prestações dos serviços e atuação da Delegacia Especial da Mulher e da Vara Especializada da Mulher e da Violência Doméstica de São Luís/MA responsáveis, respectivamente, pelo atendimento e julgamento dos possíveis crimes de violência doméstica contra a mulher, de modo a discutir

¹ Este artigo é fruto dos resultados da pesquisa intitulada: “POLÍTICAS PÚBLICAS E ASSISTÊNCIA JURÍDICA NA CIDADE DE SÃO LUÍS: enfrentamento da violência doméstica contra a mulher”, financiada pelo CNPq/PIBIC-UFMA e desenvolvida no Núcleo de Estudos de Direito Constitucional - UFMA (NEDC/UFMA), durante os anos 2014/2015.

* Graduado em Direito (UFMA), Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA (PPG-DIR/UFMA). Membro do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional (NEDC/UFMA). Assessor de Promotor de Justiça (MPMA). Desenvolve pesquisa dentro das linhas de pesquisa de Constituição e Justiça, Direito Constitucional, Direito Penal Tributário e Instituições do Sistema de Justiça. E-mail: <brunodvcastro@hotmail.com>.

** Pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto. Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão, Graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente e pesquisadora do Departamento de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora de linha de pesquisa do Observatório Ibero Americano de Saúde e Cidadania e coordenadora do *Observatorium* de Segurança Pública (PPGDIRUFMA/CECGP). Psicóloga Clínica e Forense. E-mail: <artenirasilva@hotmail.com>.

as principais dificuldades encontradas por esses órgãos em suas atuações. Evidenciou-se que o atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica ou intrafamiliar exige uma qualificação técnica específica, uma vez que demanda uma atuação transdisciplinar daqueles que atuam frente ao fenômeno aludido, seja nas Delegacias Especiais da Mulher seja nas Varas Especializadas. Além disso, concluiu-se que a Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Cidade de São Luís/MA precisa ressignificar a sua atuação diante do inexpressivo número de processos que possuem decisões de mérito e condenações transitadas em julgado desde sua criação em 2008. Apenas focar em concessão de medidas protetivas de urgência, considerando-as ações “satisfativas”, mostra-se como sendo uma restrição demasiada do escopo de proteção que a Lei 11.340/2006 pretende alcançar. Sem instruções processuais de cunho explicitamente transdisciplinar que visibilize o fenômeno da violência de gênero em suas especificidades e complexidade, não há garantia efetiva de proteção de mulheres violentadas, tampouco justiça.

Palavras-chave: Violência doméstica. Autoridade Policial. Poder Judiciário. São Luís/MA.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A violência contra a mulher figura no século XXI como um fenômeno de destaque diante dos números alarmantes de sua incidência em detrimento da crescente conscientização global acerca dos direitos humanos.

De origens associadas a razões biológicas, sociais, psicanalíticas e históricas, o problema assume dimensões que ultrapassam as fronteiras dos países, tornando-se prioridade na agenda mundial.

No Brasil, várias políticas públicas voltadas para a proteção da mulher foram implantadas principalmente a partir da Constituição de 1988, considerada um divisor de águas no constitucionalismo brasileiro ao inaugurar um sistema baseado em valores universais de igualdade, trazendo em seu texto um conjunto de ações e garantias afirmativas para a promoção dos direitos das mulheres. Além disso, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1994, definiu oficialmente a violência contra a mulher como: “todo ato que produz dano físico, sexual ou psicológico à mulher, incluindo as consequências desses atos, a coerção, a privação arbitrária da liberdade, independente se ocorre na instância pública ou privada.”¹

Nesse contexto, avanços na política brasileira de proteção da mulher, como a criação da Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres, a afirmação do Pacto Nacional pelo Enfrentamento da Violência Contra as Mulheres e as previsões políticas previstas na Lei Maria da Penha, vêm contribuindo significativamente para o tratamento do problema da violência

contra a mulher no país. Ademais, os esforços para o enfrentamento à violência contra a mulher também são verificados na construção da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, arcabouço normativo que reúne ações integradas dos entes federativos de forma a prestar serviços de prevenção e atendimento às mulheres vítimas desse tipo de violência.

Diante de todo esse contexto, a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, aparece como um marco importante para o aperfeiçoamento dessa Rede de combate à violência, tendo a finalidade de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, alinhando-se ao fundamento jurídico expresso no § 8º do art. 226 da Constituição Federal brasileira, o qual estabelece o dever do Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações domésticas.

Não obstante a importância desses avanços, há ainda um número crescente de casos de violência doméstica contra a mulher e um grande déficit de estudos voltados para uma avaliação da estrutura dessas políticas públicas a níveis locais e seus efeitos para coibir a violência de gênero. Esse estudo defende que, além da percepção sobre a importância da proteção jurídica, torna-se essencial refletir sobre a atuação dos órgãos do poder público que atuam diretamente na efetividade das políticas públicas direcionadas à mulher vítima de violência, tendo em vista que tais esclarecimentos possibilitam o diagnóstico das atuais dificuldades encontradas na concretização dos serviços prestados às vítimas, bem como a proposição de alternativas viáveis para o enfrentamento da violência doméstica e/ou intra-familiar contra as mulheres.

Diante disso, tem-se o objetivo de realizar um levantamento de informações e dados referentes às prestações dos serviços e à atuação da Delegacia Especial da Mulher e da Vara Especializada de São Luís/MA responsáveis, respectivamente, pelo atendimento e pelo julgamento dos possíveis crimes de violência doméstica contra a mulher, de modo a discutir as principais dificuldades encontradas por esses órgãos em suas atuações.

Quanto aos procedimentos e às técnicas de pesquisa, adotou-se a pesquisa de campo, a revisão bibliográfica, a revisão normativa e a pesquisa documental para fazer a discussão proposta. As informações foram coletadas em livros especializados, revistas nacionais e dados regionais, além de informações obtidas junto à Delegacia Especial da Mulher (Delegada Titular da Mulher) e à Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (assessores jurídicos da Vara), todos localizados e com atuação na cidade de São Luís.

A amostra de profissionais entrevistados para a obtenção de dados referentes a cada órgão se deu pela estratificação. O critério de inclusão para identificar esses profissionais foi o atendimento direto à vítima, no primeiro atendimento ou no acolhimento, na realização do serviço finalístico do órgão, ou no encaminhamento da vítima a outro órgão da rede de proteção.

Assim, este trabalho realiza, em um primeiro momento, uma pequena explanação sobre a Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica, de modo a esclarecer como se deu no Brasil

o avanço das políticas públicas voltadas para a proteção da mulher vítima de violência e como se dá o funcionamento da rede de enfrentamento, na qual a autoridade policial e os órgãos do Poder Judiciário estão incluídos, descrevendo, por fim, a definição dessa modalidade de violência segundo a Lei nº. 11. 340/06.

No segundo momento, são realizadas discussões e apontadas reflexões tendo por base as informações e dados obtidos junto à Delegacia da Mulher e à Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher com atuações na cidade de São Luís/MA sobre a atuação desses órgãos e considerações quali-quantitativas sobre os dados e informações obtidas.

2 A REDE DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL: AVANÇOS E MARCOS LEGISLATIVOS

Waiselfisz² destaca que a ideologia patriarcal, que define as relações de poder entre homens e mulheres na sociedade - e que permeia a cultura, as instituições e o próprio sistema de justiça criminal - tem constituído um forte obstáculo para os avanços em direção à garantia de igualdade de direitos para as mulheres.

A verdade é que discussões voltadas para o enfrentamento da violência contra a mulher são recentes no país. Até a década de 1970, a tese de legítima defesa da honra era aceita nos tribunais para inocentar maridos que assassinavam suas mulheres, como o famoso caso Doca Street, de 1977, que gerou uma forte reação do movimento feminista. Nesse mesmo período, debatia-se no meio jurídico se o marido poderia ser sujeito ativo do crime de estupro contra sua esposa, uma vez que era dever dos cônjuges manter relações sexuais.³

Como resultado das reivindicações oriundas do movimento feminista brasileiro, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) foi criado em 1983 com o objetivo de atender à mulher em sua integralidade, especialmente quando em situações de violência doméstica. No ano de 1985, foi institucionalizado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), oportunidade em que foram criadas as primeiras Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs). No ano seguinte, registrou-se a criação da primeira Casa Abrigo para mulheres, instituída pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo com a finalidade de abrigar as mulheres em situação de risco de morte.⁴

Apesar de a Constituição de 1988 ter igualado as funções familiares entre homens e mulheres, apenas em 1995, a Lei nº. 9.520 revogou o Artigo 35 do Código de Processo Penal, que estabelecia que a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem a autorização do marido, salvo quando fosse contra ele, ou que esta estivesse separada. Em 2000, a Lei nº. 2.372, que propunha medidas protetivas para a mulher vítima de violência doméstica - com o afastamento do agressor da habitação - foi totalmente vetada pelo então Presidente da República.

No ano de 2003, para coordenar os serviços de atendimento à mulher em situação de violência, a Lei nº. 10.683/03 transformou a Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, órgão integrante do Ministério da Justiça, em Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, órgão integrante da Presidência da República, o que representou mais um passo em direção à constituição de uma Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, tendo em vista que foram garantidos recursos para a criação de serviços e implementação de políticas públicas que supostamente deveriam atuar integradas.⁵

A denominação *Rede de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres* reúne termos de alcance amplo, de modo a englobar uma variedade de serviços e complexidade na organização do atendimento. Observa-se a existência de órgãos e serviços, que, embora não estejam diretamente envolvidos na assistência às mulheres em situação de violência, desempenham um relevante papel no que tange ao combate e à prevenção da violência e à garantia de direitos das mulheres e por isso passam a ser incluídos no rol dos integrantes da “rede de enfrentamento à violência contra as mulheres”. Nesse contexto, essa Rede abrange, além dos serviços responsáveis pelo atendimento, os agentes governamentais e não governamentais formuladores, fiscalizadores e executores de políticas voltadas para as mulheres, para as universidades, para o movimento de mulheres, entre outros.⁶

O conceito de rede de enfrentamento à violência contra as mulheres diz respeito à atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não governamentais e a comunidade, visando ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam o empoderamento e a construção da autonomia das mulheres, os seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência.⁷

A fim de contemplar esses propósitos, a rede de enfrentamento é composta por: agentes governamentais e não governamentais formuladores, fiscalizadores e executores de políticas voltadas para as mulheres (organismos de políticas para as mulheres, ONGs feministas, movimento de mulheres, conselhos dos direitos das mulheres, outros conselhos de controle social; núcleos de enfrentamento ao tráfico de mulheres, etc.); serviços/programas focando a responsabilização dos agressores; as universidades; os órgãos federais, estaduais e municipais responsáveis pela garantia de direitos (à habitação, à educação, ao trabalho, à seguridade social, cultura) e serviços especializados e não especializados de atendimento às mulheres em situação de violência.

Sendo assim, essa Rede de atendimento corresponde ao conjunto de ações e serviços de diferentes setores (em especial, da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde), que visam à ampliação e à melhoria da qualidade do atendimento, à identificação e ao encaminhamento das mulheres em situação de violência.

A respeito dos marcos legislativos voltados para o combate e prevenção da violência contra a mulher, sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei 10.745/03 é

composta por um conjunto de dispositivos normativos dedicados especialmente à previsão de programas e atividades voltados à divulgação e à comemoração das conquistas da mulher no âmbito da sociedade civil, de forma a promover iniciativas que consolidem a igualdade e inserção da mulher na sociedade brasileira.

Entretanto, o maior marco legislativo do combate à violência contra a mulher no Brasil foi a sanção da Lei 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha. Essa lei surgiu como importante instrumento infraconstitucional de concretização dos preceitos constitucionais por meio da criação de mecanismos destinados a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O mencionado dispositivo legal estabeleceu a articulação de uma política pública concretizada por meio de ações integradas dos entes federativos e organizações não governamentais, de forma a fomentar um atendimento especializado para a mulher em situação de violência.⁸

A Lei Maria da Penha (LMP), conforme destacado por Calazans e Cortes,⁹ representa um dos mais empolgantes e interessantes exemplos de amadurecimento democrático, pois contou na sua formulação com a participação ativa de organizações não governamentais feministas, Secretaria de Política para Mulheres, academia, operadores do Direito e o Congresso Nacional.¹⁰ Conforme também indica Waiselfisz:¹¹

Em termos mais gerais, uma inovação importante da LMP é que esta procurou tratar de forma integral o problema da violência doméstica, e não apenas da imputação de uma maior pena ao ofensor. Com efeito, a nova legislação ofereceu um conjunto de instrumentos para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial à vítima, isolando-a do agressor, ao mesmo tempo que criou mecanismos para garantir a assistência social da ofendida. Além disso, a lei previu os mecanismos para preservar os direitos patrimoniais e familiares da vítima; sugeriu arranjos para o aperfeiçoamento e efetividade do atendimento jurisdicional; e previu instâncias para tratamento do agressor.

Ainda é importante destacar o *Pacto Nacional pelo Enfrentamento da Violência Contra as Mulheres*.¹² Estabelecido no ano de 2007 pelo Governo Federal, esse Pacto contempla, dentre outras medidas, a criação dos juzizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, previstos na Lei Maria da Penha, o fortalecimento da rede de atendimento às vítimas de violência, com a criação de novas delegacias especializadas no atendimento à mulher, defensorias públicas da mulher, casa abrigo, estabelece o atendimento às mulheres em situação de violência nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar.

Nesse contexto, a atuação governamental passou a assumir, não somente o apoio a serviços emergenciais e a campanhas isoladas, mas também uma atuação ampla que contempla ações, como a capacitação de agentes públicos para prevenção e atendimento das vítimas; a criação de normas e padrões de atendimento; o aperfeiçoamento da legislação; o incentivo à constituição de redes de serviços; o apoio a projetos educativos e culturais de prevenção à

violência e a ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de Segurança Pública. Nesse aspecto, a atuação integrada dos entes federativos tornou-se imprescindível para o fortalecimento de uma rede de enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil.

Nesse sentido, a Secretaria de Políticas para Mulheres lançou diretrizes para uma atuação coordenada dos organismos governamentais nas três esferas da federação, de forma a estruturar a Rede de Atendimento à Mulher em situação de violência nos estados, nos municípios e no Distrito Federal, por meio do incentivo à criação de políticas no âmbito de cada ente envolvido no Pacto.

Corroborando com esse posicionamento do Governo Federal, o art. 9º da Lei Maria da Penha prevê, como uma das estratégias de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, que

a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção.¹³

Também a Central de Atendimento à Mulher – *Ligue 180*- constitui outro instrumento importante para o aperfeiçoamento da rede de proteção à mulher em situação de violência. O serviço foi criado pela Secretaria de Políticas para Mulheres com o escopo de promover a orientação de mulheres em situação de violência sobre seus direitos e sobre os serviços de proteção correspondente, além de auxiliar no monitoramento da rede, por meio da reunião de dados que compõem o diagnóstico da violência no país. Funciona por meio da disponibilização de um número de utilidade pública, que pode ser acessado gratuitamente por mulheres de todo o território nacional.

Entende-se necessário destacar ainda neste tópico da discussão que a Lei 11.340/06,¹⁴

[...] cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (Art. 1º).

Assim, a referida lei define o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher de forma clara e objetiva como “[...] qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” (art. 5º).¹⁵ Além disso, define tipos e formas de violência rompendo a ideia de que a violência se resumia aos tipos de violência que deixassem marcas no corpo (como violência física e sexual). O referido dispositivo legal avança categorizando a violência psicológica, a violência patrimonial e violência moral também como formas de violências importantes de

serem efetivamente punidas e combatidas, especialmente pela sua ciclicidade e pela intensidade com que comprometem a saúde emocional da mulher, tolhendo-lhe a autoestima, a autodeterminação e até sua motivação para viver, ou seja, matando-a em vida.

3 A DELEGACIA ESPECIAL DA MULHER DE SÃO LUÍS/MA: DIFICULDADES NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A atuação da autoridade policial em crimes de violência doméstica contra a mulher está prevista no capítulo III, artigos 10 a 12 da Lei nº. 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha). A Cidade de São Luís/MA possui apenas uma Delegacia Especial da Mulher-DEM, localizada na Avenida Beira Mar, Centro, responsável por toda a demanda de casos de crimes de violência doméstica ocorridos na capital. Em entrevista com a Delegada de Polícia titular da DEM da capital, foi informado que atualmente existem apenas 19 Delegacias Especiais da Mulher em todo o Estado do Maranhão, contando com a unidade da capital, destacando que, entre outras dificuldades, a principal é a falta de funcionários, tendo em vista a demanda¹⁶. Destaque-se ainda que a referida delegacia atua com o mesmo contingente de pessoal e material há quase uma década, tendo, em 2016, 8 estagiários suprimidos de seu quadro de funcionários. Nesse mesmo período, o número de denúncias de violências contra mulheres registrados diariamente na delegacia em questão tem crescido ano após ano.

Esclareceu-se que os procedimentos de atuação se dão pelo atendimento a mulheres vítimas de violência de gênero, não envolvendo crimes que não tenham relação direta com a violência de gênero, estando a violência doméstica dentro desses crimes.

Após o registro da ocorrência pela vítima, são notificadas e ouvidas as testemunhas, colhidas as eventuais provas e encaminhamento da vítima para exame de corpo de delito, quando necessário. O inquérito policial, após realizado relatório final, é encaminhado para a Vara Criminal Especializada e conseqüentemente dada vista ao Ministério Público.

Todo esse procedimento de atendimento na DEM de São Luís/MA à mulher vítima de violência doméstica parece eficiente e satisfatório, mas não. Em visita realizada na referida Delegacia Especializada, constatou-se que não há médico legista especializado para a realização dos exames de corpo de delitos nas vítimas, uma vez que só existe um Instituto Médico Legal-IML na cidade de São Luís/MA com médicos legistas responsáveis pelo atendimento geral, sem divisão de especialidade (o que, além de redundar em atrasos na juntada dos laudos nos inquéritos, impossibilita uma prestação de serviço adequado e humanizado à vítima). Ademais, foi indicado pela própria Delegada a existência de um número insuficiente de escrivães e agentes de polícia atuando na Delegacia Especializada da Mulher.

Essa carência no atendimento inicial se estende por toda trajetória da mulher vítima de violência que, ao procurar o amparo do Poder do Estado, acaba por se expor a outro tipo

de violência, uma violência institucional, uma vez que não tem o seu direito de proteção assegurado por ingerência e omissão do poder estadual, além da falta de acesso a meios eficientes e capazes de oferecer e garantir minimamente a sua proteção. O Ministério da Saúde¹⁷ define Violência Institucional como aquela exercida nos/pelos próprios serviços públicos, por ação ou omissão. Pode incluir desde a dimensão mais ampla da falta de acesso à saúde, por exemplo, até a má qualidade dos serviços prestados. Abrange desde abusos cometidos em virtude das relações de poder desiguais entre usuários e profissionais dentro das instituições, até atuações profissionais imperitas, imprudentes e ou omissas.

O que se destaca aqui não é a ineficiência ou omissão no atendimento das vítimas pelos profissionais que atuam na DEM de São Luís, mas a falta de orçamento público destinado para essa única Delegacia da Mulher na cidade de São Luís/MA, o que acarreta, conforme relatou a Delegada, no atendimento insatisfatório por falta de corpo técnico, estrutura física da Delegacia e número de servidores suficiente para dar conta da instrução de quase mil inquéritos anuais.

3.1 A DEM DE SÃO LUÍS E AS PECULIARIDADES NO ATENDIMENTO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Delegada destacou ainda que, na atuação junto à mulher vítima de violência doméstica, existem aspectos que fogem da esfera estrita da atuação policial. Elucidou-se que a atuação em crimes de violência doméstica exige uma qualificação técnica específica no que tange à compreensão dos fenômenos da violência doméstica e da violência de gênero, de modo que o profissional esteja sempre atento à vulnerabilidade da vítima, em suas mais diferentes facetas, além da necessidade de a autoridade policial ter a capacidade de realizar o encaminhamento da vítima para a defensoria pública e para a casa abrigo da mulher, educação jurídica das vítimas quanto a seus direitos e quanto à atuação de toda a rede de proteção que existe para a mulher vítima de violência doméstica.

Autores como Menezes¹⁸ destacam a dependência financeira da vítima como um dos principais fatores relacionados à resistência e ao medo da vítima em denunciar o agressor, uma vez que aquele que agride pode também ser o principal mantenedor da casa. Novas pesquisas, inclusive a realizada pela Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de São Luís, sobre o perfil da vítima de violência doméstica têm demonstrado que muitas das vítimas possuem atividade remunerada,¹⁹ o que chama a atenção para outros fatores que compõe a vulnerabilidade da vítima: falta de apoio familiar para o prosseguimento das denúncias, introjeção de valores sociais e religiosos que imputam à mulher a “necessidade” de sofrer calada a fim de não “prejudicar” o pai de seus filhos, marido ou ex-marido e até a vinculação afeto sexual passada ou presente mantida com o agressor.

A DEM de São Luís/MA informou que, no ano de 2014, foram iniciados cerca de 900 (novecentos) inquéritos policiais para investigar possíveis casos de violência contra a mulher. Isso evidencia que a violência de gênero contra a mulher constitui um grave problema de saúde e segurança pública crescentes no município de São Luís/MA.

A estimativa feita pelo Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil, com base em dados de 2013 do Ministério da Saúde, alerta para o fato de ser a violência doméstica e familiar a principal forma de violência letal praticada contra as mulheres no Brasil.²⁰

É importante destacar que, apesar de a Lei Maria Penha não ter como foco o homicídio de mulheres, parte-se do pressuposto de que a violência doméstica ocorre em ciclos, em que, “muitas vezes, há um acirramento no grau de agressividade envolvida, que, eventualmente, redundará (muitas vezes de forma inesperada) na morte do cônjuge”,²¹ por isso seria razoável imaginar que a lei, ao fazer cessar ciclos de agressões intrafamiliares, gere também um efeito de segunda ordem para fazer diminuir os homicídios ocasionados por questões domésticas e de gênero.

A pesquisa Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha²² apontou que a Lei nº 11.340/2006 fez diminuir, em cerca de 10%, a taxa de homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas. Muito embora esse dado signifique que milhares de mulheres deixaram de sofrer homicídios no Brasil, há que se avançar no que tange à sua efetividade.

A delegada, quando questionada sobre sua visão em relação aos motivos do número crescente de registros de crimes de violência doméstica, destacou que tem observado uma mudança de postura da mulher vítima de violência nos últimos anos. As mulheres alcançaram maior autonomia financeira, consciência dos seus direitos e, embora, em muitos casos, não desejem a separação do agressor, tendem a não se submeterem tão passivamente a situações de violência.

Não obstante estejam sempre em evidência as violências físicas, como lesão corporal circunscrita à lesão à integridade física da vítima, as demais formas de violências, como a psicológica e a moral começam também a ser identificadas pela vítima como atos violentos.

A pesquisadora Isadora Vier Machado, em sua tese de doutorado, destacou que:

No campo normativo-legal as violências psicológicas contra mulheres ganharam destaque na década de 1990, sua acolhida institucional aconteceu, no Brasil, um pouco antes da aprovação da Lei 11.340/06, em estruturas governamentais, ONG's, coletivos feministas, etc. Esteve, contudo, ligada à mobilização política que impulsionou a criação e implementação do diploma legal. Aos poucos, a categoria violência psicológica começa a aparecer nos registros brasileiros, ganhando projeção e sendo referida com frequência.²³

Isso quer dizer que o reconhecimento da violência psicológica como forma de violência no campo normativo-legal é relativamente novo no Brasil, entretanto tem sido apontado como uma das principais formas de violência contra a mulher e, de modo crescente, tem

sido reconhecido pela vítima, embora normalmente relacionado ao crime de ameaça ou insulto. Todavia, é importante destacar que o tipo penal da violência psicológica, previsto na Lei Maria da Penha (art.7º, II), é mais abrangente que um constrangimento proveniente de ameaça ou humilhação e é um tipo penal isolado, não precisando estar acompanhado de uma agressão física para que seja denunciado e punido. A Lei prevê que

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.²⁴

Nesse sentido, é fundamental o papel da autoridade policial, do defensor público e do Ministério Público no reconhecimento da prática da violência psicológica, mesmo que a vítima, a princípio, não tenha consciência de que também é vítima desse tipo de violência.

Quanto aos motivos que levam a mulher a não chegar a registrar ocorrência contra o agressor, de acordo com Dias,²⁵ vários são os motivos pelos quais a primeira agressão sofrida, geralmente, não é denunciada: a mulher pode vivenciar um conflito, por não desejar separar-se do companheiro ou não desejar a punição do agressor, pois apenas pretende que cessem as agressões. Além disso, de acordo com a mesma autora, frequentemente, as mulheres procuram justificar as atitudes do vitimador, por meio de argumentos, como o ciúme e a proteção, que acreditam ser demonstrações de amor. Atribuem ainda a fatores externos, como o estresse, decorrente principalmente do trabalho, das dificuldades financeiras e do cansaço os atos violentos contra elas praticados.

Também o álcool é um dos motivos alegados pela maioria das vítimas para explicar o comportamento agressivo de seus parceiros. Gregori²⁶ argumenta que o álcool estimula esse tipo de comportamento dos homens, mas age apenas como um catalisador de uma vontade preexistente, havendo, portanto, uma intenção prévia ao consumo de álcool de ferir a integridade física da mulher. Além disso, o mesmo autor revela que, quando há o desejo de se separar do marido, essa ideia vem sempre acompanhada por sentimentos de culpa e vergonha pela situação em que vive, por medo, impotência e vulnerabilidade geral da vítima.

Os meios de comunicação têm trazido à mídia esse tipo de violência e as políticas públicas disponíveis para o amparo das vítimas o que, conseqüentemente, trouxe, de acordo com a Delegada da DEM de São Luís/MA, maior conscientização da mulher vítima de violência doméstica das mais diferentes classes sociais sobre seus direitos. Outro tipo de avanço, no âmbito da atuação policial, está relacionado ao uso da tecnologia no serviço de proteção da vítima, como o uso de tornozeleiras eletrônicas, “botão de socorro” etc.

A realidade é que não existem oficiais de polícia disponíveis para realizar a vigilância de todas as mulheres que possuem deferimento de uma Medida Protetiva de Urgência a seu favor. De acordo com dados divulgados no G1 Maranhão, em julho de 2015, o Estado do Maranhão possui 1 (um) policial militar para 816 (oitocentos e dezesseis) habitantes²⁷. Isso faz que recursos, como tornozeleiras eletrônicas para os agressores e o “botão de socorro” para a vítima sejam instrumentos fundamentais na eficácia da medida de urgência e proteção da mulher violentada.

A autoridade policial, de modo geral, é o órgão responsável por grande parte do primeiro atendimento que a mulher vítima de violência passa ao buscar ajuda e amparo do Estado, sendo essencial que esse atendimento seja realizado por pessoas com capacitação técnica e conhecimento transdisciplinar, de modo que não haja revitimização ou mesmo violência institucional contra essa mulher que vê, no Estado, o seu último ou único recurso. Além disso, a qualidade da instrução do inquérito policial é determinante para o oferecimento da denúncia e, conseqüentemente, para a condenação do réu.

4 A VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: ATUAÇÃO NA CIDADE DE SÃO LUÍS

Na cidade de São Luís/MA, há apenas uma Vara Especializada com atuação em crimes de violência doméstica contra a mulher. Considerando aspectos quantitativos, foi informado pela Vara que, em média, são realizadas 12 (doze) audiências por semana, não sendo especificados quais tipos de audiências estão incluídas nesse dado fornecido pela Vara (se relativas a MPUs, conciliação ou instrução processual, por exemplo); são despachados, em média, 30 (trinta) procedimentos cautelares por semanas, não havendo controle do tempo médio das movimentações destes. Destacou-se que são priorizados os despachos referentes aos procedimentos cautelares em detrimento das ações penais. A Vara não informou em relação à quantidade semanal ou mensal de decisões de mérito condenatórias e de absolvição.

Em relação às solicitações de medidas protetivas, pesquisa institucional do TJMA²⁸ evidencia que 90% das medidas protetivas requeridas têm decisão concedendo-as à requerente. Desse percentual, 27,5% das medidas solicitadas têm por objetivo o distanciamento do representado em relação à representante; seguida da proibição de manter contato, 26,7%, e proibição de frequentar determinados locais, como a residência e o local de trabalho da ofendida, 24%. 89% são de Sentença Inibitória e 11% “outros”, não sendo informado, no documento, a que esses “outros” se referem, de modo que não se pôde detalhar esse dado.

O procedimento cautelar é o mais simples, pois dispensa advogados e pode ser requerido por meio das Delegacias, Promotorias de Justiça, Casa da Mulher e até pela própria vítima.

No entanto, não há análise de mérito nesse tipo de decisão, não havendo, portanto, condenação do réu e/ou efetivo enfrentamento da gravidade da violência denunciada.

Acontece que a mera medida protetiva não determina eficácia plena de proteção, embora possa inibir atos de violência. Portanto, é um equívoco entender que o grande número de decisões determinando medidas protetivas em favor da vítima é um indicador de efetiva proteção à mulher vítima de violência doméstica.

Não se está afirmando que a possibilidade da medida protetiva, trazida com a Lei Maria da Penha (Lei no 11.340/2006), não seja um importante instrumento processual que visa a inibir a prática de novos atos de violência contra a vítima. Entretanto, a realidade do Maranhão e de todo o Brasil é a carência de policiamento por habitante, sendo irracional pensar que sem fiscalização ou meios inibitórios eficientes uma mera decisão judicial de afastamento irá impedir o agressor de se aproximar ou até mesmo matar a vítima.

Dados disponibilizados pela 21ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa da Mulher da Capital do Maranhão apontam que durante o ano de 2014 foram oferecidas 152 (cento e cinquenta e duas) denúncias e 47 (quarenta e sete) alegações finais. Ainda no ano de 2014, dos 47²⁹ processos em fase de instrução e julgamento, apenas 2 (dois) haviam transitado em julgado (ambos com sentença de absolvição); outros 13 (treze) possuíam sentença de absolvição, mas sem que tenham transitado em julgado e 12 (doze) possuíam sentença de condenação, mas sem transitar em julgado. Os 19 demais processos em fase de instrução e julgamento estavam sem sentença ou esperando as alegações finais da defesa e 1 (um) em segredo de justiça.

Esses dados demonstram que, mesmo sendo oferecidas 152 denúncias no ano de 2014, apenas 47 processos chegaram à fase de instrução e julgamento, ou seja, mais da metade, 69,1%, dos processos com denúncias não chegaram à fase de julgamento. Mais grave ainda é perceber que dos 47 processos que chegaram à fase de instrução e julgamento, 20 (vinte), 42,5%, não obtiveram sentença definitiva em 2014, e todas as 12 condenações não possuíam sentença transitada em julgado, o que significa que os réus, embora condenados, não tiveram as condenações executadas.

Foi evidenciado pela Vara Especializada em documentação do TJMA³⁰ que a maioria de suas decisões são em virtude das determinações de Medidas Protetivas de Urgência, o que não é necessariamente um erro. Em contrapartida, é um completo equívoco pensar que indicações de medidas protetivas surtirão o efeito desejado quando o Poder Judiciário não tem sentenças de condenação transitadas em julgado, alimentando, senão a impunidade propriamente dita, a sensação de que agredir ou matar uma mulher não acarreta punição efetiva.

Este trabalho defende que a impunidade ou a sensação dela é um dos principais fatores que contribuem para os grandes índices de todas as formas de violência doméstica e feminicídio no país. Não existem estudos especializados ou profundos sobre a relação da impunidade e as taxas de violência doméstica, mas a análise de alguns dados nacionais apontados na

pesquisa de Waiselfisz³¹ relacionando a população carcerária do Brasil e o número de casos registrados de violência contra a mulher corrobora com o entendimento de que existe impunidade para os crimes de violência doméstica em escala nacional no Brasil.

Nos últimos levantamentos realizados pelo Ministério da Justiça³² sobre a população carcerária ainda não consta a tipificação do crime de feminicídio, sancionado recentemente, que deverá começar a ser incorporado em futuros levantamentos. Ainda assim, foram registradas, no Grupo de Crimes contra a Pessoa, um total de 2.450 pessoas (2.430 do sexo masculino e 20 do feminino) acusadas de Violência Doméstica (Art. 129, § 9º, do Código Penal)³³, que correspondem a 188.866 pessoas de quem o Departamento Penitenciário conseguiu completar as informações.³⁴ De acordo com o mesmo relatório, a população prisional total era de 607.731 pessoas. Logo, conservando as proporções, pode-se chegar à estimativa de 7.912 o número de pessoas privadas de liberdade por Violência Doméstica (considerando o total de 607.731).

Entretanto, pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), é possível verificar que foram atendidas pelo SUS, em 2014, um total de 85,9 mil meninas e mulheres vítimas de violência exercida por pais, parceiros e ex-parceiros, filhos, irmãos: agressões de tal intensidade que demandaram atendimento médico. Estima-se que 80% dos atendimentos de saúde no País são realizados pelo SUS; assim, um total estimado de 107 mil meninas e mulheres devem ter sido atendidas em todo o sistema de saúde do País, vítimas de violências domésticas.

Considerando-se que, em 2014, havia, no Sistema Penitenciário Nacional, por motivo de Violência Doméstica, um número estimado de 7.912 pessoas privadas de liberdade, condenadas ou aguardando julgamento, tem-se que, no limite, apenas 7,4% dos agressores domésticos, acusados de cometerem violências relativamente sérias contra vítimas que demandaram atendimento no sistema de saúde do País, foram condenados ou estão esperando julgamento – o que não significa que serão condenados.

Como a pena prevista no Art. 129, § 9º, do Código Penal é de 3 meses a 3 anos, pode-se supor um índice de condenação ainda menor que 7,4%. Evidenciando-se, mais uma vez, o império da impunidade no país para esse tipo de crime.

4. 1 ANÁLISE DOS DADOS DOS PROCESSOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA QUE TRAMITARAM NA VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE SÃO LUÍS DE ACORDO COM LEVANTAMENTO DO ANO DE 2014

Em relatório de pesquisa institucional referente aos casos denunciados na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, na comarca de São Luís, no ano de 2014, foram compilados dados estatísticos referentes às vítimas, aos réus, aos atos de violência, às denúncias e às medidas protetivas de urgência. A pesquisa, realizada por uma equipe multidisciplinar, analisou 34% dos processos em tramitação naquela unidade,

no período de janeiro a abril de 2014, relativos somente a casos de medidas protetivas de urgência, no total de 414 ações judiciais. Em 2015, tramitavam, na Vara Especializada, cerca de cinco mil processos, dos quais 473 foram distribuídos somente em 2015.³⁵

Quanto às vítimas, de acordo com a pesquisa institucional citada, 36% das mulheres em situação de violência, representantes em processos de Medidas Protetivas de Urgência-MPU's na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher- VE-VDFM, no ano de 2014, tinham entre 26 e 34 anos de idade; 60% eram solteiras, 20%, casadas e 15% declararam estar em um relacionamento de união estável. Em apenas 17,2 por cento dos processos pesquisados, foi possível identificar o grau de instrução das vítimas, em que 8% das vítimas (dos 17,2%) possuíam Ensino Superior completo, seguido por 4,8% com Ensino Médio completo. Quanto ao exercício de atividade remunerada, 52% das mulheres afirmaram que exercem algum tipo de atividade remunerada nos processos em que foi possível extrair tal informação. O item referente à renda não conseguiu capturar tal informação de forma válida, uma vez que, em 96% dos autos, não consta essa informação; 24,2% eram donas de casa, enquanto 11,1% eram empregadas domésticas e 5,1% comerciárias. Os bairros de moradia mais identificados foram: Coroadinho, Anjo da Guarda e Turu; 55% das mulheres afirmaram ter filhos com o requerido, e 91% das vítimas do estudo são maranhenses.³⁶

Da análise dos dados descritos acima, destaque-se que a Vara em questão exclui de seu escopo de proteção mulheres meninas e idosas, mulheres homossexuais e mulheres transgêneras, não havendo qualquer instrução processual que incluía a proteção a essas categorias de mulheres na Vara Especializada até março de 2016. Além disso, esses dados apresentados no relatório fornecido pelo TJMA³⁷ evidenciam a precariedade dos inquéritos policiais, com dados imprecisos, escassos de informações mínimas sobre as vítimas e sobre os agressores.

De acordo com Rabello e C. Júnior,³⁸ o fator renda pode interferir diretamente para que a violência aconteça, assim como o nível de escolaridade.

Vale destacar que, embora alguns autores relacionem a pobreza à violência doméstica contra a mulher, ela também está inserida em classes médias e altas. Adeodato et al.³⁹ relatam que famílias de maior poder aquisitivo dispõem de recursos políticos e econômicos para, em muitos casos, ocultar a violência doméstica, surgindo, então, uma alteração nos dados de violência registrados.

Quanto aos dados referentes aos réus, a faixa etária com maior incidência é entre 26 a 34 anos (29,5% do total); 61% são solteiros, 20% são casados e 13% vivem em união estável; em relação à escolaridade, não foi possível obter dado significativo, visto que, em 89,4% dos processos, não constava essa informação. Em 64,5% dos processos, foi identificado o exercício de alguma atividade remunerada pelo representado.

Alguns autores, como Giffin⁴⁰ relacionam a violência com o desemprego, já que este pode, em alguns casos, desestabilizar a identidade masculina, o que faz que o homem transfira a frustração com o desemprego, em forma de violência, para as suas parceiras.

Em mais de 60% dos processos, não havia informação sobre o uso de bebida alcoólica, no entanto, em 33%, foi apontado o uso abusivo de álcool como um fator eliciador da violência denunciada. Quanto ao uso de drogas, em 19%, foi apontada essa problemática. Rabello e Júnior⁴¹ destacam que a violência doméstica contra a mulher ocorre, muitas vezes, devido ao alto consumo de álcool pelos agressores. Além disso, o referido autor aponta que estudos demonstram que o álcool parece ser a droga mais nociva ao funcionamento familiar, pois, por ser aceito socialmente, passa a ser consumido em grandes quantidades, principalmente pelos homens. Importante destacar mais uma vez que o ato de violência não se justifica apenas pelo consumo do álcool, ele é apenas um catalizador da intenção de agressão.

Um total de 40,1% dos agressores eram os ex-companheiros das representantes, enquanto 17,1% eram companheiros e 12,3%, esposos. Quanto aos bairros de maior incidência, destacaram-se os Bairros Coroadinho (com 6,3%), seguido do Anjo da Guarda (4,1%) e São Francisco/Ilhinha (2,9%).

A análise que se faz do relatório realizado e disponibilizado pela Vara Especializada é de que se trata de um documento meramente quantitativo de exposição de dados, restringindo-se a perfis sociais de vítimas e agressores, o que não ajuda a compreender o fenômeno da violência doméstica contra a mulher, além de não possibilitar reflexões em relação à efetividade da Vara no processamento e julgamento das lides em questão.

Em relação aos atos de violência praticados e evidenciados no documento do TJMA,⁴² 34,4% são de prática de violência psicológica; 29,2% de violência moral/injúria; 24% de prática de violência física. Em 71% dos casos, a violência foi praticada dentro de casa, e o inconformismo com o fim do relacionamento apareceu como o principal motivador para a prática da violência, pontuando 26,3%, seguido de problemas decorrentes do uso abusivo e dependência de álcool e outras drogas, com 18,1% e do ciúme, com 13,3% do total. O maior percentual, entretanto, foi alcançando por “outros motivos”, com 34,9%, em que mais uma vez não foi possível obter informações do que o relatório incluiu dentro da classificação “outros”.

O estudo realizado indica um dado interessante em relação ao percentual referente às violências psicológica e moral. O maior percentual desses tipos de violências demonstra maior reconhecimento dessas modalidades de crime que até a Lei Maria da Penha não eram tipificadas com propriedade como formas de violências contra a mulher. Esses dados demonstram também um avanço nesse sentido, uma vez que as violências psicológica e moral têm efeitos devastadores sobre a mulher, muitas vezes mais intensos e reincidentes que a violência física.

No que se refere à origem dos processos com pedidos de medidas protetivas, 69% são originárias da Delegacia Especial da Mulher; 21%, de outras instituições; 10%, da Casa de Referência da Mulher; 7%, Defensoria Pública; e 6% solicitadas diretamente na própria Vara Especial da Mulher,⁴³ entretanto sem informações se foi a vítima que pessoalmente realizou o pedido de medida protetiva na Vara.

Esse dado mais uma vez corrobora com o que fora defendido no capítulo anterior a respeito da importância da qualidade e do trabalho da autoridade policial, por ser ela a maior responsável pelo primeiro atendimento à mulher vítima de violência doméstica e demais formas de violência de gênero.

Não se pretende com a discussão da síntese desses dados esgotar a análise referente a eles. Conforme bem elucidado na conclusão da referida pesquisa institucional do TJMA:⁴⁴

Os resultados desta pesquisa confirmam algumas informações já registradas em estudos anteriores e apresentam um pouco da realidade da cidade de São Luís, no intuito de contribuir, conforme anteriormente mencionado, não só para o conhecimento da realidade em que se encontra a mulher que sofre de violência de gênero. Pretende-se, sim, contribuir para uma atuação mais responsável e eficaz, a partir do conhecimento dessa realidade, por parte desta Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar, junto com as demais instituições da rede de atenção à mulher em situação de violência. Verifica-se quão necessário se faz intensificar as ações de alcance social, também de caráter preventivo, nos mais diversos espaços sociais. Fundamental também é a articulação do Poder Judiciário com outras áreas de atuação do poder governamental, a exemplo das políticas públicas de Segurança, Saúde e Educação.

Para o relatório realizado pelo TJMA,⁴⁵ representado pela Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, um dado positivo e resultado da melhor atuação das instituições que compõem a Rede de Atendimento à Mulher, em São Luís, é o crescimento do número de representações criminais em 2014. Inferiu-se que esse crescimento pode também ser consequência do investimento dessas instituições em ações preventivas e informativas sobre a Lei 11.340/2006⁴⁶ e principalmente demonstra que a mulher ludovicente tem se tornado menos tolerante à violência doméstica.

Por fim, cabe a fala de Júlio Jacobo Waiselfisz em seu estudo Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil:

Recentemente, Raúl Eugenio Zaffaroni, Ministro da Suprema Corte Argentina e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, colocava em uma entrevista: “Cada país tem o número de presos que decide politicamente ter”. Por minha conta e risco, complementaria a afirmação do ilustre professor: “Cada país tem o número de feminicídios que decide politicamente ter, assim como o número de condenações por essa agressão”.⁴⁷

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pelo fim da violência contra a mulher no Brasil teve como marco a Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha. Esta foi fruto de fatores conjunturais, como pressões internacionais pela defesa dos direitos humanos e erradicação da violência contra a mulher, de várias lutas das mulheres para que a violência de gênero fosse vista como uma questão de políticas públicas e afirmação da necessidade de o Estado intervir de forma direta por meio de leis e políticas públicas que erradicassem esse tipo de violência, que detém as suas bases numa lógica patriarcal de poder e dominação masculina de um lado e subordinação e opressão da mulher de outro. Contudo, as leis não bastam. É preciso acionar um leque de políticas públicas que garantam e possibilitem a efetivação e disseminação dessa nova lógica social baseada na ideia de que a violência contra a mulher viola os direitos humanos e é crime.

Nesse sentido, é de fundamental importância analisar o trabalho realizado e as dificuldades enfrentadas pelos órgãos que atuam diretamente junto à mulher vítima de violência desde o primeiro contato com a autoridade policial responsável pela instrução do inquérito policial até a última instância, representada pelo Poder Judiciário, responsável pela instrução do processo penal e detentor do poder de punir.

Evidenciou-se que a atuação em crimes de violência doméstica exige uma qualificação técnica específica, uma vez que demanda uma atuação transdisciplinar daqueles que atuam frente ao fenômeno aludido. A complexidade do fenômeno em questão inclui o fato de a vítima e o agressor estarem unidos por elos afetivos pretéritos ou presentes, de a violência ser cíclica, definindo uma vulnerabilidade específica da vítima, em especial, dependência financeira e emocional, além de conflitos familiares sedimentados face à violência sofrida. Daí a importância de um trabalho cada vez mais articulado e especializado por parte dos profissionais que atuam diretamente junto à vítima, tendo em vista a necessidade de toda uma rede que envolve procedimento criminal, assistência psicológica, social e jurídica, além de proteção física e psicológica da mulher violentada.

A DEM, de São Luís/MA, informou que, no ano de 2014, foram iniciados cerca de 900 (novecentos) inquéritos policiais para investigar possíveis casos de violência contra a mulher, entretanto a 2ª Promotoria de Justiça Especializada de Defesa da Mulher aponta que, de acordo com seu controle interno, só foram oferecidas 152 denúncias no ano de 2014 por aquela Promotoria de Justiça. É importante destacar que só existem duas Promotorias de Justiça Especializadas de Defesa da Mulher na cidade de São Luís e, em teoria, por uma ou outra passaram o total dos 900 inquéritos policiais iniciados na DEM. Isso quer dizer que, em média, 450 inquéritos deveriam ter passados por cada uma das Promotorias de Justiça Especializadas, concluindo-se que 152 denúncias oferecidas se torna um número inexpressivo ao considerar a média de 450 inquéritos.

Ademais, apenas 47 processos (do total das 152 denúncias oferecidas) chegaram à fase de instrução e julgamento, ou seja, mais da metade, 69,1%, dos processos com denúncias não

chegaram à fase de julgamento. O que se torna ainda mais grave é perceber que desses 47 processos que chegaram à fase de instrução e julgamento 20 (vinte), 42,5%, não obtiveram sentença definitiva em 2014, e das 12 sentenças de condenações, em 2014, que existiram em processos distribuídos para a 2ª Promotoria de Justiça Especializada de Defesa da Mulher nenhum possuía sentença transitada em julgado. Isso significa dizer que os réus, embora condenados, não tiveram as condenações executadas, evidenciando-se a impunidade pelo próprio sistema de justiça.

Embora o crescimento do número de representações criminais (37%, em 2014) demonstre que a mulher de São Luís esteja menos tolerante em relação à violência doméstica, esse dado isolado não possui valor caso não haja efetiva punição do agressor por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, entende-se que a Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Cidade de São Luís/MA precisa repensar a sua atuação diante do pequeno número de processos que possuem decisões de mérito e condenações transitadas em julgado. Destaca-se que apenas focar em concessão de medidas protetivas de urgência é um equívoco, caso não haja um esforço ainda maior para instrução e julgamento dos processos, uma vez que sem condenação efetiva do réu não há garantia de proteção, tampouco justiça.

Apesar da existência de avanços nas políticas sociais que garantem os direitos das mulheres, ainda há muito a ser feito diante dos números crescentes de casos de violência doméstica, o que nos faz indagar se todas as políticas sociais estão sendo praticadas de forma efetiva no combate a esse tipo de violência.

A rede de enfrentamento à violência contra a mulher, se bem estruturada, constitui uma política pública de imensurável relevância, tendo em vista que o esforço se direciona a minimizar um problema que assume contornos cada vez mais graves no mundo e no Brasil, constituindo grave violação de direitos humanos. Nesse aspecto, o eficiente trabalho da autoridade policial articulado com instituições do sistema de justiça comprometidas e que assumam a sua responsabilidade diante da gravidade da violência contra a mulher podem alcançar os reais objetivos da Lei Maria da Penha. Uma proteção legal, por melhor que seja, não gera efeitos quando está apenas no papel; é necessário que toda a sociedade tome consciência de que a violência contra a mulher não é mais admitida no Brasil e que a impunidade não encontra mais espaço.

Para que o aumento dos casos de violência contra a mulher deixe de ser uma realidade, necessita-se de um olhar mais amplo, que ultrapasse atuações isoladas das Delegacias Especiais da Mulher, Promotorias Estaduais e Varas Especializadas, também é necessário que o planejamento estratégico da rede seja pressuposto pelo envolvimento dos órgãos federais, estaduais e municipais na tarefa de concretizar a proteção da vítima de violência que recorre à proteção do Estado. Assim, deve haver um aperfeiçoamento constante, seja por meio da discussão conjunta dos órgãos acerca das dificuldades enfrentadas e alternativas viáveis, seja por meio da abertura das decisões institucionais à sociedade civil organizada, que também é parte integrante da rede, além do diálogo com a própria mulher em situação de violência, sujeito central de toda a atenção estatal e destinatária dos esforços envolvidos na rede.

Ressalta-se, neste trabalho, o papel fundamental das instituições acadêmicas maranhenses no sentido de produzir estudos e visibilizar dados voltados para o tema, de modo a analisar como tem sido realizado o enfrentamento da violência contra a mulher e quais os principais pontos de dificuldades enfrentados pelas instituições do sistema de justiça que atuam diretamente com a mulher vítima de violência. Refletir criticamente sobre as fragilidades no atendimento prestado é fundamental para a implementação de melhores ações.

Por fim, destaca-se, mais uma vez, que a superação do fenômeno da violência doméstica ultrapassa ações isoladas da autoridade policial e do Poder Judiciário. A política de enfrentamento dessa violência engloba a segurança pública, educação, trabalho e renda, habitação e todas as secretarias e os ministérios no âmbito federal, estadual e municipal trabalhando em conjunto para enfrentar esse fenômeno. Nesse ano de 2016, a Lei Maria da Penha completa dez anos, e o momento é oportuno para maiores ações de combate e prevenção da violência doméstica, uma vez que discussões sobre o tema têm estado na pauta de diversas esferas governamentais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, V. G. et al. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 108-113, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2003.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para a prática do serviço. **Caderno de atenção básica**, Brasília, n. 8, p. 28, 2003.

_____. Ministério da Justiça. INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional/MJ, 2015.

_____. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.

_____. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Pacto nacional pelo enfrentamento à violência contra mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.

CALAZANS, M.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2011.

- CERQUEIRA, D. R. C.; COELHO, D. S. C. Mapa das armas de fogo nas microrregiões brasileiras. In: BOUERI, Rogério; COSTA, Marco Aurélio. **Brasil em desenvolvimento 2013: estado, planejamento e políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2013. v. 3. p. 899-913. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_brasil_desenvolvimento2013_vol03.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- CERQUEIRA, Daniel et al. **Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CARRAMILO, Clarissa. Maranhão tem a pior taxa do país de policial militar por habitantes. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/07/maranhao-tem-pior-taxa-do-pais-de-policial-militar-por-habitantes.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- GIFFIN, K. Pobreza, desigualdade e equidade em saúde: considerações a partir de uma perspectiva de gênero transversal. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 103-112, 2002.
- GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- MACHADO, Isadora Vier. **Da dor no corpo à dor na alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha**. 2013. 282 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.
- MENEZES, Ana Luiza Teixeira. Mulheres: fruto de dominação e fruta para libertação! In: STREY, Marlene Neves et al. (Org.). **Construções e perspectivas em gênero**. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 125-134.
- RABELLO, P. M.; CALDAS JÚNIOR, A. F. Violência contra a mulher, coesão familiar e drogas. **Rev. Saúde Pública**, v. 41, n. 6, p. 970-978, 2007.
- RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis**. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.

- 1 Esta definição foi realizada no Caderno de atenção básica nº. 8 elaborado pela OMS. BRASIL. Ministério da Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para a prática do serviço. **Caderno de atenção básica**, Brasília, n. 8, p. 15, 2003.
- 2 WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- 3 CERQUEIRA, D. R. C.; COELHO, D. S. C. Mapa das armas de fogo nas microrregiões brasileiras. In: BOUERI, Rogério; COSTA, Marco Aurélio. **Brasil em desenvolvimento 2013: estado, planejamento e políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2013. v. 3. p. 899-913. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_brasil_desenvolvimento2013_vol03.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- 4 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.
- 5 Para melhor compreensão da legislação citada, ler: BRASIL. Lei 10.683/03, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2003.
- 6 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.
- 7 Este conceito foi retirado da leitura de: BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.
- 8 Para melhor compreensão de toda a estrutura da Lei n. 11.340/2006, sugere-se a leitura do texto legislativo completo: BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2006.
- 9 CALAZANS, M.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
- 10 WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- 11 WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- 12 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Pacto nacional pelo enfrentamento à violência contra mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.
- 13 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>.
- 14 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>.
- 15 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>.
- 16 Como não foi informado o número exato de servidores naquela DEM, essa análise fica prejudicada.
- 17 BRASIL. Ministério da Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para a prática do serviço. **Caderno de atenção básica**, Brasília, n. 8, p. 28, 2003.
- 18 MENEZES, Ana Luiza Teixeira. Mulheres: fruto de dominação e fruta para libertação! In: STREY, Marlene Neves et al. (Org.). **Construções e perspectivas em gênero**. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 125-134.
- 19 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis**. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 20 WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.

- 21 CERQUEIRA, Daniel et al. **Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- 22 CERQUEIRA, Daniel et al. **Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- 23 MACHADO, Isadora Vier. **Da dor no corpo à dor na alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha**. 2013. 282 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. p. 148.
- 24 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.
- 25 DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- 26 GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- 27 Dados obtidos em notícia divulgada em: G1. CARRAMILO, Clarissa. Maranhão tem a pior taxa do país de policial militar por habitantes. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/07/maranhao-tem-pior-taxa-do-pais-de-policial-militar-por-habitantes.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- 28 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis**. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 29 Dados do controle privado realizado pela 21ª Promotoria de Justiça Especializada da Mulher da Capital do Maranhão atualizados até dezembro de 2014.
- 30 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis**. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 31 WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- 32 BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: junho de 2014**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional/MJ, 2015.
- 33 O Art. 129, § 9.º, do Código Penal estabelece como Violência Doméstica a lesão corporal qualificada pela proximidade do vínculo familiar entre a vítima e o agressor: qualquer parente em linha reta - ascendentes ou descendentes, colaterais até o segundo grau - irmãos e cônjuge ou companheiro.
- 34 Segundo Waiselfisz (2015), duas ressalvas têm de ser, ainda, colocadas na análise específica desses dados: 1) essas são as tipificações penais dos crimes: a mesma pessoa pode ser acusada de mais de um crime, portanto o número de crimes tipificados pode ser igual ou superior ao número de pessoas em regime de privação da liberdade; 2) os 2.450 crimes correspondem a 188.866 pessoas de quem o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) conseguiu completar as informações.
- 35 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis**. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 36 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis**. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

- 37 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher**: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 38 RABELLO, P. M.; CALDAS JÚNIOR, A. F. Violência contra a mulher, coesão familiar e drogas. **Rev. Saúde Pública**, v. 41, n. 6, p. 970-978, 2007.
- 39 ADEODATO, V. G. et al. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 108-113, 2005.
- 40 GIFFIN, K. Pobreza, desigualdade e equidade em saúde: considerações a partir de uma perspectiva de gênero transversal. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 103-112, 2002.
- 41 RABELLO, P. M.; CALDAS JÚNIOR, A. F. Violência contra a mulher, coesão familiar e drogas. **Rev. Saúde Pública**, v. 41, n. 6, p. 970-978, 2007.
- 42 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher**: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 43 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher**: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 44 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher**: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 45 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher**: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 46 RÊGO, Nelson Melo de Moraes (Coord.). **Violência doméstica contra a mulher**: dados estatísticos da vara especializada da comarca de São Luis. São Luís: Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, 2015. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-_ano_2015_23102015_0848.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- 47 WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.

THE PERFORMANCE OF POLICE AUTHORITIES AND THE JUDICIARY IN COMBATING DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE CITY OF SÃO LUIS/MA

ABSTRACT

In view of the increasing numbers in cases of domestic violence against women and of the large deficit of studies focused on an evaluation of the structure of public policies at local levels and their effects to curb gender violence, this article aims at conducting a collection of information and data relating to the services and activities of the Special Police Station for Women and the Specialized Jurisdiction on Women and Domestic Violence, in San Luis/MA, which are responsible, respectively, for attending to victims and judging possible crimes of domestic violence against women, to discuss the main difficulties encountered by these bodies in performing their duties. It became clear that the assistance to women victims of domestic or family violence requires a specific technical qualification, since it demands the performance of transdisciplinary activities by those who act against the aforementioned phenomenon in the Special Police Stations and in the Specialized Jurisdiction. Furthermore, it was concluded that the Specialized Jurisdiction for Domestic and Family Violence against Women of the City of São Luís/MA needs to reframe its actions taking into account the inexpressive number of cases in which there have been merit decisions and final convictions since its creation in 2008. To focus only on granting urgent protective measures, and considering such actions as being enough, is excessively restricting the scope of protection that Law 11.340/2006 aims at achieving. Without procedural instructions which explicitly translate the transdisciplinary nature of the phenomenon of gender violence in its specificity and complexity, there are no effective guarantees for the protection of women victims of violence – or the achievement of justice.

Keywords: Domestic violence. Police Authorities. Judiciary Power. São Luis / MA.

Submetido: 18 jun. 2016.

Aprovado: 15 mar. 2017

A JUSTIÇA CONSENSUAL DO TRIBUNAL MÚLTIPLAS PORTAS E A POLÍTICA PÚBLICA NORTE-AMERICANA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: CONTRIBUIÇÕES AO MODELO BRASILEIRO

Charlise Paula Colet Gimenez*

1 Considerações iniciais. 2 A organização judiciária norte-americana no sistema jurídico do *common law*: o desenvolvimento das práticas de alternative dispute resolution (ADR). 3 O tratamento do conflito pelo *multidoor courthouse system*. 4 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como tema a justiça consensual e o tratamento de conflitos, cuja delimitação está em estudar o modelo do Tribunal Múltiplas Portas, dos Estados Unidos da América, para possíveis contribuições à política judiciária brasileira – Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça brasileiro. O estudo, a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo e do método de procedimento bibliográfico, merece uma análise aprofundada diante da dificuldade dos mecanismos tradicionais adotados pelo Poder Judiciário em atender satisfatoriamente a todos os conflitos submetidos ao seu julgamento, bem como pelos entraves verificados na concretização dos métodos autocompositivos no Brasil. Por outro lado, a experiência nos Estados Unidos da América, a qual estuda meios complementares de tratamento de conflitos desde os anos de 1920, reconhece uma postura dicotômica, com a qual as próprias partes constroem suas respostas, considerando suas necessidades, seus interesses e a relação entre elas. Desse modo, considerando as características do conflito, o multiportas apresenta o método mais adequado, o que garante a satisfação de todos os envolvidos. Nesse sentido, garante o acesso à justiça no sentido amplo e fortalece a participação social do cidadão, fomentando uma cultura de paz, de alteridade e de tratamento de conflitos de forma qualitativa, adequado às características de cada pessoa e à tipologia do conflito.

Palavras-chave: Tratamento do conflito. Justiça Consensual. Tribunal Múltiplas Portas. Cultura de Paz.

* Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. E-mail: <charliseg@santoangelo.uri.br>.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos Estados Unidos da América, a abordagem de práticas complementares para o adequado tratamento do conflito pelo Tribunal Múltiplas Portas iniciou em 1976, a partir da Conferência Pound, em homenagem ao professor Roscoe Pound, cujo objetivo era refletir acerca das causas da insatisfação no sistema judicial norte-americano. Para Pound, o qual discutia as dificuldades encontradas pela administração da justiça, havia a possibilidade de lançar um olhar otimista para o Direito, diante do cenário na época, por meio de ideias e teorias de outras disciplinas. Assim, a análise multidisciplinar, envolvendo Economia, Ciência Política, Filosofia, Psicologia, Sociologia e Religião na produção do Direito, permitiu um novo Direito adaptado a um mundo moderno e complexo.¹

Nesse rumo, o professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard, Frank Sander, desenvolveu o conceito do *multidoor courthouse system*, sob a justificativa de que o tratamento adequado ao conflito permite o uso eficiente dos recursos pelos tribunais; acarreta a redução de custos e de tempo pelas partes e pelo próprio Poder Judiciário; e diminui o número de conflitos subsequentes. Na época em que Sander apresentou sua proposta, não havia no país nenhum centro de tratamento de conflitos, registro de advogado aconselhando por meio de petição o uso de métodos complementares ou, ainda, autorização explícita dos tribunais para o seu uso.

Em 2003, havia 35 estados norte-americanos com centros de tratamento de conflitos, um grande número de petições de advogados aconselhando o encaminhamento do processo para um tratamento do conflito diverso da adjudicação e autorizações expressas do Poder Judiciário para a adoção de tais métodos. Ademais, estimou-se que em 2001, na Flórida, estado que utiliza as práticas de tratamento de conflitos no mais alto grau do Poder Judiciário, foram 113.000 processos encaminhados para os métodos complementares.²

Destaca-se que, a partir da Conferência de 1976, criou-se a Divisão de Melhoramentos na Administração da Justiça, com uma força-tarefa para avaliar e implementar as ideias lançadas no encontro, incorporada, também, pela *American Bar Association (ABA)*³, inclusive com leis estaduais e federal sobre o tema, como o dever ético do advogado de avaliar diferentes formas de resolução de conflitos em suas ações.⁴

O professor, ao apresentar o Tribunal Múltiplas Portas, questionou “what are the significant characteristics of various alternative dispute resolution mechanisms (such as adjudication by courts, arbitration, mediation, negotiation, and various blends of these and other devices)?”⁵, bem como perguntou “how can these characteristics be utilized so that, given the variety of disputes that presently arise, we can begin to develop some rational criteria for allocating various types of disputes to different resolution processes?”⁶ A consequência das respostas às perguntas anteriores é o melhor ajuste no encaminhamento de casos para a adjudicação e casos para os demais métodos complementares de tratamento de conflitos.⁷

A questão fundamental, portanto, centra-se em examinar as diferentes formas de resolução de conflitos e responder quais portas seriam adequadas em relação a quais conflitos.⁸ A importância da presente discussão reside em escolher a ferramenta/método mais eficaz para a disputa, a qual dará aos conflitantes a maior satisfação aos seus interesses. Em segundo lugar, importa em convencer o oponente acerca das vantagens em adotar formas complementares mais específicas ao conflito em si; e, em terceiro, em convencer o tribunal do porquê da escolha de uma porta em detrimento de outra, ou vice-versa.⁹

Nesse sentido, o artigo ora apresentado tem por objetivo estudar a política pública norte-americana de tratamento de conflitos no sistema do *common law*, apresentando os seus mecanismos aplicáveis à solução dos litígios, analisando as contribuições do modelo norte-americano do Tribunal Múltiplas Portas à política judiciária brasileira¹⁰ – Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010¹¹, a qual instituiu no Brasil uma política de tratamento de conflitos, apresentando a mediação e a conciliação como as formas autocompositivas, e determinando aos Tribunais a criação e a gestão de centros judiciários de resolução de conflitos e a capacitação do terceiro facilitador.

2 A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NORTE-AMERICANA NO SISTEMA JURÍDICO DO COMMON LAW: O DESENVOLVIMENTO DAS PRÁTICAS DE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR)

O sistema jurídico norte-americano pode ser classificado como *common law*¹² misto, pois apresenta um valor vinculante de uma regra definida por um acórdão de um Tribunal superior, considerada com efeitos universais, além das partes no processo *sub judice*, ao lado da existência de normas escritas por legisladores postados fora de atividade judicante, eventualmente com hierarquia superior àquelas definidas por aqueles órgãos – e apresenta características especiais em razão de ser uma federação com grande autonomia dos Estados, em termos de direito material e processual.

Por sua vez, a organização judiciária do país é regulada nos níveis federal e estadual, a partir do sistema político acima indicado, o qual é adotado nos EUA. A norma que instituiu o país – a *US Constitution* – somente previu a *Supreme Court*,¹³ deixando a organização e as regras da Corte para *US Statutes*.¹⁴ A Constituição Federal dos EUA, com suas emendas, denominada de *Bill of Rights*, foi aprovada em 25 de setembro de 1789, e ratificada pelos estados em 15 de dezembro de 1791. O seu artigo III, seção I¹⁵, estabelece que o Poder Judiciário dos EUA será investido em uma Suprema Corte e os tribunais inferiores estabelecidos oportunamente pelo Congresso. Os juízes conservarão os seus cargos enquanto servirem bem, percebendo remuneração protegida de qualquer redução durante o exercício da atividade.

A seção 2¹⁶ determina que a competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da lei e da equidade ocorridos diante da Constituição, das leis dos Estados

Unidos e dos tratados concluídos ou que forem concluídos sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, ministros e consules; às questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte, ou entre dois ou mais estados, entre um estado e cidadãos de outro estado, entre cidadãos de diferentes estados, entre cidadãos do mesmo estado reivindicando terras por concessões feitas por outros estados; enfim, entre um estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Os poderes não delegados aos EUA pela Constituição, nem por ela negados aos estados, são reservados aos estados-membros ou ao povo. Assim, a justiça nos estados da Federação é regida pelas Constituições estaduais, pelos *State statutes* e pelas regras votadas em seus Judiciários superiores. Destaca-se que a matéria não é de competência remanescente e a legislação federal não pode interferir na soberania estadual.¹⁷

Na justiça federal, o sistema é regulado pelas *Federal Rules of Civil Procedures*, editadas pela Suprema Corte, em 1938. Pela competência em razão da matéria, essa área compreende: a) a questão federal (*federal question cases*); b) causas baseadas em *diversity cases*; e c) competência fundamentada nas modificações da competência original. Os *federal question cases* envolvem: 1) a interpretação e a aplicação da Constituição Federal, inclusive com o julgamento de *habeas corpus*; 2) a interpretação e a aplicação de atos internacionais; 3) os casos em que há atribuições exclusivas às cortes federais pelas leis federais, em geral, em diplomas que regulam direito material, como falência e concordata; patentes e direito autoral, etc. Por sua vez, nos *diversity cases*, a justiça federal se apresenta como um foro neutro para abordar a diversidade de “cidadanias”.

Assim, nessa seara, há três graus. O primeiro com competência originária e os demais com competência originária restrita e competência recursal. Em primeiro grau, estão os *US District Courts*, totalizando 94 em todo o país, com jurisdições que devem corresponder aos limites territoriais dos estados-membros. Elas são constituídas de um juiz, cuja decisão é singular, ou decisões de júri. Há, também, previsões para tribunais com três juízes, em casos determinados por lei.

Ainda, no primeiro grau, há cortes com competência especial: a) *Court of Claims*, competente para julgamento originário de casos em que os EUA figuram no polo passivo; b) *Court of Customs and Patent Appeals*, para julgamentos de pedidos judiciais de recursos de decisões administrativas do *Patent Office* sobre pedidos de registros de patentes e direitos assemelhados; c) *Customs Court*, de conhecimento e julgamento de pedido de exame judicial das decisões administrativas da *International Trade Commission*; d) *Courts of Military Appeals*, de exame judicial das decisões das cortes disciplinares das Forças Armadas na aplicação das regras militares.

Salienta-se que, exceto casos tributários e de Direito disciplinar aos militares, no Direito norte-americano, não há organização judiciária para assuntos especializados. Portanto,

não há justiça do trabalho, nem eleitoral, nem militar, sendo a única divisão conhecida a da Justiça Federal e a justiça entre os estados-membros.

A seu turno, o segundo grau da Justiça Federal norte-americana compõe-se por 13 tribunais regionais, sendo um para o *District of Columbia*¹⁸ (sediado na cidade de Washington, capital do país), um de competência limitada (*Court of Appeals for the Federal Circuit*) e 11 tribunais regionais (*US Court of Appeals for the Circuit*). E, por sua vez, o terceiro grau, de jurisdição nacional, é a *US Supreme Court*, composta por 8 Ministros (*Associate Justices*) e um Presidente (*Chief Justice*), o qual dá seu nome para o período de sua gestão.

A organização da justiça nos estados-membros, em razão do modelo de federação vigente no país, consagrando uma impressionante autonomia a eles, varia de estado para estado, motivo pelo qual algumas apresentam três graus e outras, por outro lado, dois. Em primeiro grau, encontram-se os juízes singulares, os quais decidem com ou sem a participação do júri, exceto quando houver justiça especializada. Como exemplo, tem-se o estado de Nova Iorque, cuja organização judiciária de primeiro grau apresenta-se da seguinte forma: *Supreme Courts* (jurisdição cível e criminal, com competência geral) e as *courts of limited jurisdiction: Family and Domestic Relations Courts* (para relações de Direito de Família e no âmbito doméstico), *Probate Courts* (para inventários), *Surrogate's Courts* (para órfãos e sucessões) e outros órgãos, cujas decisões são sempre rejulgadas pelos tribunais/foros de competência geral: *Police Courts* (para infrações de trânsito, reclamações entre vizinhos, etc.); *Small Claims Courts* (estrutura e competência semelhante ao Juizado Especial Cível, no Brasil); e *Tariffs Courts* (para tributos estaduais em revisão de decisões administrativas).

Em segundo grau, encontram-se as cortes colegiadas, com composição e matéria de julgamento de acordo com cada estado. No estado de Nova Iorque, conforme exemplo, denominam-se *Appellate Division of the Supreme Court*. A nomenclatura, na maioria dos estados, é *Courts of Appeal*. Já em sede de terceiro grau, os estados possuem, de forma colegiada, as cortes, cujo nome revela o estado a qual pertencem, por exemplo, no estado de Nova Iorque: *New York Court of Appeals*.¹⁹ Importante, também, enfatizar a existência nos Estados Unidos da América dos tribunais administrativos, com função de dirimir conflitos entre os administrados e os órgãos da Administração descentralizada.

O crescente número de conflitos judicializados nos tribunais/foros dos Estados Unidos da América, somados com o tempo e o custo do processo, provocaram o debate e a reflexão entre os magistrados, serventuários da justiça e advogados de medidas para tornar eficiente a administração da resposta processual. Nessa ótica, iniciou-se o processo de reconhecimento e expansão territorial e técnica dos métodos complementares de tratamento de conflitos, marcando fortemente as décadas de 1970, 1980 e 1990 nos Estados Unidos da América.²⁰

Na primeira, conforme referido no intróito deste artigo, a Conferência Pound de 1976, que reuniu juristas e advogados preocupados com os custos e o tempo do acesso ao Judiciário, é

considerada o marco do debate, da qual decorreram investimentos públicos em projetos piloto de mediação e arbitragem, apoiado pela Associação dos Advogados ao sistema multiportas.

Posteriormente, em 1980, observa-se a advocacia aproximando-se dos métodos de tratamento de conflitos, bem como a indústria de seguros realizando pesquisas para reduzir os custos de litigância para as partes, influenciando na institucionalização de práticas complementares aos litígios na área dos negócios. Ao final de 1990, a experimentação e os projetos piloto deram espaço para a efetiva institucionalização das práticas de ADR, em especial, no Poder Judiciário. As cortes estaduais também sofreram a influência, oferecendo o serviço, e as próprias pessoas passaram a solicitar a seus advogados as práticas complementares para o seu litígio.

Em 1991, a Escola de Direito de Harvard, com a ABA e *The Center for Public Resource (CPR) Legal Program*, organizou a *National Conference on Emerging ADR issues in the State and Federal Courts*, para relatar experiências em meios complementares de tratamento de conflitos vivenciadas até aquele momento pelo Poder Judiciário norte-americano. Esse evento foi realizado na sequência da promulgação do *Civil Justice Reform Act (1990)*²¹, o qual estabelecia que todas as cortes federais no país implementassem planos de redução de custos e de morosidade na prestação jurisdicional, incluindo a consideração das práticas ADR.²²

Destaca-se, ainda, no ano de 1998, o *Alternative Dispute Resolution Act*²³, o qual determinou a adoção dos mecanismos alternativos de resolução de disputas pelos tribunais federais em todas as ações cíveis. Assim, todo tribunal deve, de forma obrigatória, oferecer às partes, no mínimo, um mecanismo de tratamento de conflito, o qual deve ser analisado por elas, embora não sejam obrigadas a participar.

Ademais, cada tribunal deve ter um funcionário encarregado de divulgar os métodos complementares, recrutando e treinando os terceiros neutros que atuarão enquanto facilitadores. Em agosto de 2001, a ABA e a *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, publicaram o *Uniform Mediation Act (UMA)*, com o objetivo de dar um tratamento nacional à matéria e difundir a mediação, razão pela qual o documento substituiu as normas estaduais de mediação existentes nos Estados Unidos e regulamentou, de forma uniforme, os métodos consensuais de tratamento de conflitos.²⁴

O UMA contém regras sobre a mediação abordados em mais de 2.500 estatutos estaduais e federais, e mais de 250 delas lidam com questões de confidencialidade e privilégios. Complexidade significa incerteza, o que pode inibir a utilização da mediação. Assim, o documento oferece uma única lei abrangente que rege privilégios e confidencialidade na mediação. Igualmente, um dos objetivos centrais da UMA é dar prioridade ao procedimento da mediação para garantir a confidencialidade, estabelecendo-a para os mediadores e mediados ao proibi-los de utilizar o que foi mencionado na sessão em um processo judicial posteriormente. A lei também prevê exceções importantes para a confidencialidade.

Tais exceções incluem: ameaças feitas para infligir danos corporais ou outros crimes violentos; tentativa das partes de recorrer à mediação para planejar ou cometer um crime; a necessidade de informação para provar ou refutar as alegações de abuso infantil ou negligência; ou a necessidade de informação para provar ou refutar uma reclamação ou queixa de falta profissional por um mediador. Como proteção dos envolvidos, em caso de má-prática do mediador, ou conflito de interesse, ele é descredenciado, sendo substituído por outro. Ainda estabelece a autonomia das partes na construção do acordo, bem como não permite o uso da mediação para processos coletivos de relações de trabalho, conferências de liquidação judicial e processos em que as partes sejam todas menores de idade.

Defende-se que a uniformidade da lei traz ordem e compreensão para fora do estado. Sem uniformidade, não pode haver nenhuma garantia firme em qualquer estado que a mediação é privilegiada.²⁵ A adoção e a implementação das normas acima descritas pelos estados norte-americanos, no ano de 2016, atingiu 13 estados.

Há muitas fontes de regulação das práticas complementares como jurisprudência, estatutos, leis e regras locais, tanto em nível federal e estadual, mas ainda permanecem na esfera privada, nos EUA, as práticas de ADR, devendo as partes optar contratualmente antes, durante ou depois do conflito, a forma de gerir os seus litígios. Ou seja, não há nenhuma exigência formal de comunicação de tais processos ou os seus resultados, permanecendo desconhecidas as dimensões reais de resolução de litígios privados, muitas vezes, totalmente aprovados e sancionados por instituições públicas.

Por isso, afirma-se que os EUA revelam, atualmente, um novo cenário: “dispute resolution in the US is now formal, informal and ‘semi-formal’”.^{26 27} Por isso, a autora afirma que “the question here is whether ‘semi-formal’ processes can legitimately operate in a space between the transparency and presumed consistency of formal justice, and the confidentiality, flexibility and self-determination of informal processes”.^{28 29}

A justiça formal caracteriza-se pela transparência e pela publicidade do processo, baseada em argumentos a partir de precedentes legais e provas, incluindo apresentação de documentos e oitiva de testemunhas, a partir dos quais é tomada uma decisão por um terceiro juiz (ou júri), podendo ela ser revista em uma instância superior. A seu turno, a justiça informal foca em métodos consensuais, confidenciais e mais responsivos, constituindo-se em formas privadas de tratamento de conflitos como negociação, mediação e outros.

Nesse contexto, o sucesso relativo dos métodos consensuais provocou a sua adaptação e transformação de procedimentos informais privados para uso no setor público, inclusive como etapa obrigatória nos processos (condição para o acesso ao processo público e formal). Como visto, em decorrência da expansão e da aceitação da justiça informal e consensual de tratamento de conflitos, os tribunais/foros, em todos os graus, federal e estadual, passaram a oferecer, inicialmente de forma voluntária, e posteriormente obrigatória, programas de mediação e arbitragem, incluindo mais tarde outros métodos que foram desenvolvidos. Alguns

magistrados, de forma inovadora, adaptaram as técnicas dos procedimentos informais para processos da área pública.

Desse modo, consoante afirma Menkel-Meadow³⁰, por força de legislação federal, a *Civil Justice Reform Act* de 1990 e a *Alternative Resolution Dispute Act* (1998), praticamente todos os Tribunais federais dos EUA possuem algum método complementar de tratamento de conflito. Os relatórios estatísticos disponibilizados por alguns estados mais populosos (incluindo Nova Iorque, Califórnia, Texas e Michigan) demonstram o alto uso de uma variedade de formas de resolução de litígios, dentro do tribunal formal, com ‘taxas de liquidação’ variando de 30 por cento para mais de 70 por cento em alguns tribunais. Praticamente todos os tribunais federais de apelação agora têm programas formais de mediação, a maioria com equipes de funcionários em tempo integral, alguns contando com voluntários.

Nesse contexto, insere-se, na seção seguinte, o sistema multiportas, cujo objeto não se destina apenas à redução de custo e tempo dos processos judiciais, mas a criar uma taxonomia que apresente a porta mais apropriada para cada tipo de conflito, considerando as pessoas nele envolvidas e a satisfação de suas necessidades, razão pela qual sua análise tem por escopo observar possíveis contribuições ao modelo brasileiro de política judiciária de tratamento de conflitos.

3 O TRATAMENTO DO CONFLITO PELO MULTIDOOR COURTHOUSE SYSTEM

Originalmente denominado de *Comprehensive Justice Center*,³¹ o *Multidoor Courthouse System* recebeu essa denominação pela ABA após ter sido quase que acidentalmente criado pelo professor da Universidade de Harvard, Frank Sander. O autor relata que compilou suas anotações acerca de suas reflexões relacionadas às insatisfações referentes às Varas de Família para a resolução de disputas nessa área, bem como pelos avanços verificados na arbitragem para os litígios trabalhistas, enviando-as aos seus colegas da Universidade de Harvard para comentários.

Porém, sem seu conhecimento, um deles encaminhou a outro colega da Universidade da Pensilvânia que, por sua vez, estava trabalhando com Warren Burger (*Justice Chief* – Presidente da *Supreme Court*), que estavam, em conjunto, planejando uma Conferência (1976) em homenagem ao professor Roscoe Pound, que anteriormente já havia debatido acerca da problemática da Justiça. O propósito era promover o debate sobre vários assuntos relacionados à insatisfação com o sistema de administração da Justiça, dentre eles, a resolução de disputas. Em vista disso, Sander foi convidado³² para apresentar sua proposta.³³

Nessa oportunidade, o professor da Harvard Law School manifestou³⁴ que o ser humano está acostumado a buscar a satisfação do seu conflito tradicionalmente no Poder Judiciário, negligenciando que a adjudicação não pode ser a resposta para todos os litígios. O papel

dos advogados foi muito destacado, e a sua organização financiou projetos-piloto do sistema multiportas no Judiciário norte-americano.³⁵³⁶ Nesse contexto, o *Multidoor Courthouse System* apresenta-se como instrumento de tratamento de conflitos a fim de encaminhar a demanda a uma abordagem mais adequada, considerando as suas peculiaridades.

Assim, a recomendação de Sander consistia na criação de um sistema que oferecesse várias opções de abordagem para os conflitos trazidos pelas pessoas, ou seja, “I tried to look at each of the different processes and see whether we could work out some kind of taxonomy of which disputes ought to go where, and which doors are appropriate for which disputes.”³⁷³⁸

Ademais, consiste em olhar o conflito sobre diferentes perspectivas, apresentando-o como forma de tratamento a mediação, a negociação, a arbitragem, dentre outros mecanismos: “tentou olhar para cada um dos diferentes processos e trabalhou com o tipo de taxonomia de disputas, observando quais as portas eram apropriadas para o tratamento da demanda.”³⁹ A proposta de Sander caracteriza-se por integrar, em um único local, vários modos de processamento de conflitos.

Dessa forma, ao invés de apenas uma porta (processo judicial), o Tribunal Múltiplas Portas abrange um sistema mais amplo, com vários tipos de procedimentos, aos quais as partes são direcionadas de acordo com a particularidade de seu conflito.⁴⁰ Como manifesta Barbosa, “a característica-chave do Fórum de Múltiplas Portas é a sua fase inicial, no qual cada disputa é analisada de acordo com diversos critérios e encaminhada para o procedimento mais adequado. A partir daí, o caso será tratado conforme o processo indicado.”⁴¹

Inicialmente, realiza-se uma avaliação do conflito, por meio de pessoal especializado, identificando às pessoas o método de tratamento mais adequado ao seu conflito (porta mais indicada). A importância do sistema em estudo reside em que as técnicas convivam de forma harmoniosa e articulada com o sistema de justiça, recebendo o suporte e o financiamento do Poder Público. A pertinência da adoção das Múltiplas Portas em razão de que é preciso reconhecer que partes e conflitos são mais bem assistidos com métodos específicos diante das características do seu litígio. Por essa razão, afirma-se que se objetiva informar às partes acerca das alternativas disponíveis para tratamento do seu conflito, auxiliando-as na escolha do mecanismo mais apropriado para a disputa particular.⁴²

A implementação do Múltiplas Portas é disponibilizar mecanismos para tratar os conflitos trazidos ao Poder Judiciário. Ao abordar o conflito, realiza-se uma avaliação, identificando-se as partes ou interessados para, então, apontar o instrumento mais adequado à satisfação dos interesses das pessoas envolvidas no conflito. Ademais, destaca-se que o profissional responsável pela condução do caso pode ser um negociador, um conciliador, um mediador, um árbitro ou um juiz. O importante é identificar o método específico ao problema apresentado.⁴³

Na etapa seguinte, há o processo de diagnóstico do conflito, o qual pode ser dividido em duas funções principais: entrevista e aconselhamento. Na entrevista, realizam-se perguntas a fim de identificar o problema, encerrando-se a etapa com o resumo da situação e a aceitação da parte; no aconselhamento, analisam-se as soluções potenciais, com suas prováveis consequências, negativas e positivas, identificando, ao final, a porta mais adequada ao tratamento do conflito.

Dessa forma, o Fórum Múltiplas Portas⁴⁴ tem a função de receber o conflito, encaminhando-o, podendo ser visualizado como uma roda. No centro da roda, estão localizadas a fase de entrada e a unidade de referência; nos raios da roda, encontram-se as portas de tratamento do conflito (as opções de referência). Posteriormente à triagem e ao diagnóstico de admissão, o conflito é submetido a um dos processos de tratamento (opções) e, em não sendo bem sucedida a primeira opção, o conflito retorna para o centro da roda, submetendo-se à nova reavaliação e, após, a novo tratamento.⁴⁵

Compreende-se, portanto, que o Fórum Múltiplas Portas caracteriza-se por uma mesa de entradas e um centro de diagnóstico que, a partir do relato do caso feito pelas próprias pessoas envolvidas no conflito, o profissional especializado as orienta para o meio mais adequado de tratamento.

Para determinar a porta a ser indicada, devem ser observados quatro fatores:⁴⁶ a) a natureza da disputa; b) o relacionamento entre as partes; c) o valor do pedido e o valor do processo; d) a velocidade, considerando-se a necessidade de resposta rápida e urgente intervenção.⁴⁷ No tocante à natureza da disputa, ressalta-se que há uma necessidade de desenvolvimento de um mecanismo flexível que possa atender de forma mais adequada a um conflito, pois “I do not believe that a court is the most effective way to perform this kind of sifting task.”⁴⁸⁴⁹

Há problemas policêntricos não adequados para a abordagem adjudicatória, aos quais não cabe uma decisão “tudo ou nada”. Da mesma forma, deve ser observado o relacionamento existente entre as partes, eis que aquele que existe há algum tempo tem forças para auxiliar as pessoas envolvidas a alcançarem a resposta ao litígio, bem como possibilita que o conflito seja tratado na sua profundidade e não apenas na superfície.⁵⁰

Um dos aspectos primordiais para responder de forma adequada ao conflito é observar os objetivos das partes e como elas podem ser satisfeitas por meio dos diversos processos/métodos. Para compreender essa afirmação, Sander e Rozdeiczer⁵¹ exemplificam: Ana está em meio a um divórcio quando o procura enquanto advogado e solicita o seu aconselhamento de como proceder. A escolha de Ana dependerá de quais objetivos ela pretende alcançar. Ou seja, ela deseja preservar um bom relacionamento com John? Ela deseja que John participe da criação das crianças, ou ela prefere que ele não as veja? O quão importante é para ela maximizar o ganho monetário com o divórcio? O quão importante é a sua preocupação financeira diante do relacionamento com John? Ela deseja manter os assuntos do divórcio em particular? Ela tem o desejo de vingança pública? Antes de saber o que Ana realmente

deseja, torna-se impossível tomar qualquer decisão relacionada à porta mais indicada ao seu litígio. Com a tabela a seguir, verificam-se objetivos possíveis para a Ana, ou qualquer outra parte, e os graus de satisfação de cada método.

Tabela 1 - Objetivos e Graus de Satisfação nos Métodos Complementares

0 = dificilmente satisfaz o objetivo					2 = satisfaz o objetivo substancialmente		
1 = satisfaz parcialmente o objetivo					3 = satisfaz muito o objetivo		
	Método/Objetivo	Mediação	Minitrial	Summary Jury Trial	Early Neutral Evaluation	Arbitragem	Adjudicação
1	Velocidade	3	2	2	3	0-2	0
2	Privacidade	3	3	1	2	1	0
3	Vingança Pública	0	1	1	1	2	3
4	Opinião Neutra	1	1	2	2	3	3
5	Minimizar Custos	3	2	2	3	0-2	0
6	Manter/Melhorar Relacionamento	3	2	2	1	1	0
7	Precedente	0-1	0-1	0-1	0-1	2	3
8	Max/Min Recuperação	0(3)	1	1	1	2	3
9	Criar Novas Soluções	3	3	1	2	1	0
10	Controle da Parte do Processo	3	2	1	1	1-2	0
11	Controle de Parte da Renda	3	3	1	2	1	0
12	Transferência da responsabilidade para uma Terceira Pessoa	0-1	1	2	2	3	3
13	Supervisão do Tribunal ou Compulsão	0-2	0	1	1	2	3
14	Transformação das Partes	3	1	0	0	0	0
15	Processo satisfatório	3	3	2	2	2	0
16	Melhorar a Compreensão da Disputa	3	3	1	2	2	1

Fonte: Sander e Rozdeiczer (2006, p. 6).

No exemplo anteriormente citado, deve Ana responder a primeira pergunta sobre o tipo de relacionamento que deseja com o John com o término do divórcio. Se o casal tiver filhos, deve, ainda, considerar o relacionamento que seja bom para os filhos também. No quadro, observa-se que a mediação apresenta as melhores chances de preservar e, possivelmente, melhorar a relação preexistente. O procedimento mediativo é o único a receber pontuação máxima nas dimensões custo, velocidade e manutenção do relacionamento anterior. Por outro lado, o processo judicial frequentemente ameaça destruir esse relacionamento. Portanto, as características específicas do caso e os objetivos das pessoas envolvidas permitem alcançar uma resposta eficaz e satisfatória, revelando-se a porta mais adequada.⁵²

Nesse sentido, Sander apresentou como portas de tratamento a mediação, a conciliação, a arbitragem, os processos híbridos, como a mediação e a arbitragem (*med-arb* ou *arb-med*), o *mini-trial*, o *summary jury trial*, o *case evaluation*, o *ombudsman* e a adjudicação.⁵³

A primeira porta, denominada de mediação, consoante manifesta Spengler,⁵⁴ constitui-se como um processo em que o terceiro auxilia os participantes, em uma situação conflitiva, a tratá-la, permitindo que a solução seja aceitável para os envolvidos, de forma que satisfaça seus anseios e desejos.⁵⁵ Por esse método, os conflitantes devem ser encorajados a ouvir e a entender os pensamentos e sentimentos uns dos outros, possibilitando que juntos alcancem uma resposta favorável a ambos.

Dessa forma, a meta da mediação é responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade, encontrando, a partir do auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, “aparando as arestas” e as dificuldades das partes, bem como compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atinja o interesse das partes e a paz social.^{56 57}

A mediação ocorre pela intervenção de um terceiro, de uma terceira pessoa que se interpõe entre os dois protagonistas de um conflito, isto é, de duas pessoas, comunidades ou povos que se confrontam e estão um contra o outro. Assim, a mediação busca passar os dois protagonistas da adversidade à conversação, levando-os a virar-se um para o outro para se falarem, compreenderem e, se possível, construir juntos um compromisso que abra caminho à reconciliação.^{58 59}

Denominada de conciliação, a segunda porta é entendida como a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar as partes à autocomposição, adotando, porém, uma metodologia que permita a apresentação de proposição por parte do conciliador. Nesse rumo, “tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.”⁶⁰

Compreende-se que a conciliação oportuniza às partes o debate e a posterior exploração das possibilidades de resolução aceitáveis a todos. Por essa razão, bem como pela tradição histórica diante dos demais métodos, esse procedimento tende a ser o mais utilizado pelo Fórum de Múltiplas Portas. Aponta-se como uma das principais vantagens a pacificação social, pois, diverso do que se verifica na sentença judicial, “o acordo da conciliação não é imposto autoritariamente e logra ventilar emoções das partes para acalmá-las, podendo atingir a lide sociológica, em geral, mais ampla do que aquela que emergiu “como simples ponta do iceberg.”⁶¹

Adiciona-se à função de pacificação social a racionalização da aplicação da Justiça com a conseqüente redução do congestionamento dos juízos, educação da população na negociação de suas próprias disputas, aumento da legitimidade do Poder Judiciário e intensificação da participação democrática popular nos casos em que o conciliador é escolhido entre a comunidade.⁶²

A seu turno, a terceira porta, arbitragem, consiste na escolha pelas partes de um terceiro, denominado de árbitro, independente e imparcial, o qual é responsável por proferir a decisão equivalente à sentença judicial.⁶³ Assim, conceitua-se arbitragem como o meio pelo qual o estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, impondo a sua decisão, permite que uma terceira pessoa o faça, a partir de um procedimento e da observação de regras mínimas, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial.

Dessa forma, as partes, ao optarem pela arbitragem, afastam a jurisdição estatal e substituem por outra estratégia de tratamento de conflitos, reconhecida e regulada pelo estado, permitindo a execução das decisões proferidas, bem como que sejam anuladas aquelas que não tenham observado um mínimo de regras exigidas pelo legislador.⁶⁴ O terceiro, denominado de árbitro, tem total confiança das partes, recebendo autoridade suficiente para impor uma solução satisfatória. Nesse sentido, consoante manifestam Goldberg, Sander, Rogers e Cole,⁶⁵ a arbitragem apresenta as seguintes vantagens: a) terceiro/árbitro com conhecimento especializado; b) reconhecimento/legitimidade da decisão; c) privacidade do procedimento; d) informalidade do procedimento; e) baixo custo; e f) rapidez.

Por sua vez, a avaliação preliminar neutra (*Early Neutral Evaluation*), quarta porta aqui apresentada, caracteriza-se por fornecer às partes um parecer fundamentado por um advogado, juiz ou promotor de justiça. Trata-se, portanto, de uma avaliação prévia mediante uma opinião fundamentada de forma oral,⁶⁶ que permite às partes retornarem à negociação com uma opinião especializada.

Na audiência com o avaliador, o qual explica as vantagens e a segurança do procedimento, as partes apresentam de forma sumária sua argumentação jurídica, descrevendo os fatos relevantes e indicando as provas que pretendem produzir para, então, possibilitar ao avaliador a confecção de um parecer fundamentado, não vinculante para as partes.⁶⁷ Se a controvérsia não é solucionada, a avaliação permanece em confidencialidade, podendo o avaliador auxiliar as partes a encontrar o procedimento mais simples e mais rápido no tribunal.⁶⁸

O *Summary Jury Trial* configura-se em um procedimento sumário diante de um júri, para verificação da tese e da reação dos jurados, os quais, geralmente, não possuem conhecimento do seu papel consultivo, ou seja, aos jurados não se menciona o seu papel de aconselhamento até a entrega do veredicto, razão pela qual são recomendados a tratar o conflito com a seriedade que um júri real requer.⁶⁹

Assim, “o procedimento é sumário e conta com um resumo das teses e provas, sendo o júri chamado para emitir um parecer opinativo. Normalmente, é um mecanismo utilizado para casos complexos que demandem tempo e alto custo.”^{70 71}, ou, ainda, “for those novel or unusual cases in which the jury’s verdict is difficult to predict and that difficulty is deterring settlement.”^{72 73}

Há, ainda, o *Mini-Trial*, o qual consiste em apresentações sumárias realizadas pelos advogados de cada parte a um painel, composto por um conselheiro neutro e por executivos, buscando negociar a resolução da disputa. Se as partes diretamente envolvidas forem incapazes de fazê-lo, podem solicitar ao conselheiro neutro uma previsão de resultado possível do litígio.⁷⁴ Por sua vez, a *Court-annexed arbitration* utiliza arbitragem anexa ao juízo tradicional, ou seja, as partes são incentivadas e encorajadas a participar da arbitragem como mecanismo de tratamento do conflito, a qual é inserida pelo Poder Judiciário em seu programa, mantendo acordos e convênios com instituições privadas de arbitragem para atuação conjunta.⁷⁵

No *Med-Arb* e *Arb-Med*, as partes anuem em realizar a mediação ou a arbitragem e, inexitosa, passa-se ao outro procedimento.⁷⁶ Trata-se de procedimentos privados e espontâneos, os quais podem ser realizados sob orientação coordenada. Destaca-se que, no processo *Med-Arb*, a função neutra se dá primeiro como mediador. Se falhar a mediação, a mesma pessoa neutra servirá como árbitro, porém, nesse caso, emitindo decisão. Compreende-se que o “sistema med/arb proporciona total segurança a quem entra na mediação, pois, de um modo ou de outro, sairá com seu conflito resolvido, chegando a um acordo ou, imediatamente, obtendo o laudo.”⁷⁷

A seu turno na *Arb-Med*⁷⁸ ocorre o contrário. Isto é, realiza-se o procedimento de arbitragem, alcançando-se a sentença, sem anunciá-la às partes, iniciando-se, antes, os procedimentos de mediação.⁷⁹ Assim, não ocorrendo o acordo, revela-se a sentença antes prolatada.

A porta denominada de *Ombudsman*⁸⁰ (Ouvidor) caracteriza-se por ser uma pessoa nomeada por uma instituição para tutelar seus direitos contra a falta, a disfunção, os abusos ou os retardos dessa mesma instituição. Destaca-se que ela não possui o poder de impor uma decisão, nem de anular, revogar, modificar os atos da instituição, mas que atua formulando observações e recomendações, buscando a satisfação das reclamações dos interessados.⁸¹

Estudos mais recentes apontam duas inovações no sistema Múltiplas Portas, salientando-se que o fórum não se limita a um número determinado de portas, podendo surgir novas diante da evolução dos conflitos e da própria sociedade.⁸² Nessa ótica, aponta-se a porta denominada de *Collaborative Law* (Direito Colaborador), cuja aplicabilidade se dá no Direito de Família, quando o casal, durante o processo de divórcio, concorda em realizar um acordo sem recorrer ao Poder Judiciário. A diferença dessa porta das demais negociações com advogados, por exemplo, reside no fato de que, inicialmente, as partes (casal) assinem um acordo de participação.

Após, devem trocar informações financeiras completas, de forma que cada parte possa ter total acesso às informações e, portanto, tomar decisões sem alcançar um litígio judicial. Outra nova porta, chamada de *Parenting Coordination* (Coordenação Familiar), é um mecanismo utilizado em conflitos na guarda de filhos diante de pais divorciados. Dessa forma, o método busca auxiliar os pais no cumprimento da decisão judicial, bem como educar os pais na observação do impacto do conflito no seu filho.⁸³

A porta mais tradicional, adjudicação, configura-se no litígio da parte que procura o Poder Judiciário, propondo a ação judicial, o qual é decidido pelo terceiro, aqui denominado de juiz, cuja decisão possui efeito coercitivo e atinge a todos os fatos do processo. Conforme manifestam Morais e Spengler,⁸⁴ o caráter contencioso caracteriza o modelo da porta em estudo. Ademais, “[...] tratar o conflito judicialmente é atribuir ao magistrado o poder de dizer quem ganha e quem perde no litígio.”⁸⁵

Cada método tem a capacidade de ativar algumas funcionalidades que facilitam o alcance do objetivo das partes. Por exemplo, a mediação e o *minitrial* permitem a comunicação e maximizam as chances das pessoas envolvidas no conflito de obter uma resposta a partir de valores comuns. O *Summary Jury Trial* e a Avaliação Preliminar Neutra proporcionam uma oportunidade para verificar os pontos fortes e fracos do caso, possibilitando a tomada de decisão mais informada e uma solução possível. Por sua vez, a adjudicação e a arbitragem fornecem alguns instrumentos processuais que podem atender às necessidades das partes, incluindo a execução das decisões.

Nesse contexto, o quadro a seguir apresenta as características das principais portas, o que permite conhecer os benefícios que cada uma traz ao conflito.

Tabela 2 - Características dos Métodos Complementares

	Características	Resolução do Problema		Conferência da Realidade		Adjudicação	
		Mediação	Minitrial	Summary Jury Trial	Avaliação Prelim. Neutra	Arbitragem	Adjudicação
1	Bom relacionamento entre os Advogados	3	2	1	1	0	0
2	Bom relacionamento entre as Partes	3	2	1	1	0	0
3	Partes dispostas a Resolver o Conflito	3	2	1	1	0	0
4	Uma ou ambas as partes deseja(m) se desculpar	3	3	1	1	0	0
5	Desejo de Acordo	3	2	2	2	0	0
6	Pessoas externas envolvidas	2	3	2	2	1	1
7	Muitos assuntos envolvidos no Caso	3	3	1	1	1	0
8	Parte se beneficia com o processo judicial	0-2	1	2	1	2	3
9	Especialista ou Neutro requerido	3	3	1	3	3	1

Fonte: Sander e Rozdeiczer (2006, p. 6).

Destaca-se que, justamente em razão da crítica existente com a porta da jurisdição tradicional, novos métodos surgiram, com a meta de atender às especificidades de cada conflito. No entanto, não se está aqui excluindo da apreciação do Poder Judiciário toda e qualquer questão, apenas se objetiva adequar o tratamento ao tipo de conflito, razão pela qual o Distrito de Columbia, nos Estados Unidos da América, encontrou, no sistema das Múltiplas Portas, uma resposta aos obstáculos do seu sistema de Justiça, o que será abordado no tópico seguinte.

Assim, conhecido como “Palácio de Justiça Múltiplas Portas” ou “Fórum Múltiplas Portas”, os tribunais foram estabelecidos, de forma experimental e inicial,⁸⁶ em Tulsa, Oklahoma, Houston, Texas, e no Tribunal Superior do Distrito de Columbia. Outros projetos (projetos-piloto) foram iniciados em Nova Jersey e Cambridge.⁸⁷ A partir dessas experiências, a ideia espalhou-se para outros Tribunais no mundo, por exemplo, Austrália, Inglaterra e Nigéria, apresentando resultados positivos na concretização de uma cultura de paz e no atendimento às necessidades das pessoas de forma satisfatória e adequada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo brasileiro, inspirado na política norte-americana, assemelha-se por apresentar duas portas – mediação e conciliação – determinando aos tribunais estaduais a implementação de núcleos para resolução dos conflitos judicializados. Nesse contexto, compreende-se que o estabelecimento de uma política pública judiciária a qual permita organicidade, qualidade e controle à sua prática se justifica para garantir que os meios complementares de tratamento de conflitos, em especial, os meios consensuais – mediação e conciliação – tenham um uso correto e se constituam em um modo efetivo de assegurar o verdadeiro e adequado acesso a uma ordem jurídica justa.

No entanto, a política judiciária brasileira de tratamento de conflitos – a partir da Resolução nº. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça – apresenta fragilidades ao não instituir um sistema de triagem de conflitos, como observado no multiportas. A triagem permite que seja realizada a taxinomia do conflito e, portanto, o método mais adequado é utilizado, permitindo o tratamento eficaz e qualificado do conflito. Reconhece-se o avanço do Poder Judiciário no Brasil ao implantar as formas complementares de tratamento de conflito, porém, ao institucionalizá-las, transforma-as em mera fase do processo, com um rito a ser seguido, sem a capacitação adequada dos facilitadores e da observação do método de acordo com as características do conflito e da relação das pessoas envolvidas.

A experiência norte-americana, a partir do Tribunal Múltiplas Portas, apresenta um modelo de política pública que qualifica a resposta ao conflito ao atender de modo mais acertado às relações sociais e ao tipo do conflito a ele direcionado, o que se visualizou nas portas especializadas com direcionamento de casos (litígios) para o seu tratamento, considerando-se, nessa ótica, as características e peculiaridades de cada conflito e de seus envolvidos.

Desse modo, o Tribunal Múltiplas Portas, a partir da sua organização, estrutura e da atuação do terceiro, permite propor contribuições à política pública brasileira por reconhecer, nas características do conflito, um método adequado para o seu tratamento, garantindo a satisfação daqueles que se encontram na situação conflitiva, o que contribui para o incentivo aos mecanismos auto-compositivos, para a compreensão dos problemas nacionais relacionados à solução de conflitos, aprimorando a prática dos métodos consensuais e desenvolvendo uma nova cultura de paz social.

Tais contribuições revelam-se no encaminhamento do conflito adequado à mediação; no reconhecimento dos interesses envolvidos no conflito e na identificação da relação entre as partes, o que possibilitará ao terceiro mediador uma atuação adequada, aprimorada e o uso qualificado das técnicas e habilidades adquiridas, contribuindo, dessa forma, para o seu reconhecimento e para a credibilidade da sua função essencial ao tratamento do conflito.

O adequado tratamento do conflito garante o acesso a uma ordem jurídica justa e fortalece a participação social do cidadão, fomentando uma cultura de paz, de alteridade e de tratamento de conflitos de forma qualitativa, considerando cada pessoa envolvida, o tipo de conflito, as necessidades e os interesses a serem atendidos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

BRADY, Robert A. **The Constitution of the United States of America**. 2007. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 25-38.

CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank. Evolution of the multi-door courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, Saint Paul, MN, v. 5, n. 3, p. 670, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221>. Acesso em: 28 maio 2014.

FRENCH, Robert. **Perspectives on court annexed alternative dispute resolution**. 2009. Disponível em: <<http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj27july09.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Regulation of dispute resolution in the United States of America: from the formal to the informal to the 'semi-formal'. In: STEFFEK, Felix et al. **Regulating dispute resolution: adr and access to justice at the crossroads**. 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2300&context=facpub>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Jean - Marie. **Não violência na educação**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.

NUNES, Andrine Oliveira; SALES, Lilia Maia de Moraes. **A possibilidade do alcance da justiça por meio de mecanismos alternativos associados ao judiciário**. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multi-deia, 2013.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: POUND conference: perspectives on justice in the future. Minnesota: West Publishing Co., 1979. p. 65-87.

SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 11, p. 1-28, 2006. nd possibilities. **Penn State Law Review**, United States, v. 108, n. 1, p. 327-348, 2003.

SIFUENTES, Mônica. Tribunal multiportas. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 972, fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8047/tribunal-multiportas>>. Acesso em: 28 maio 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**. introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOURDIN, Tania. **Alternative dispute resolution and the courts**. Leichhardt: The Federation Press, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. **Fundamentos políticas da mediação comunitária**. Ijuí: editora Unijuí, 2012.

UNIFORM LAW COMMISSION. **The national conference of commissioners on United States Laws**. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: Os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

1 SOURDIN, Tania. **Alternative dispute resolution and the courts**. Leichhardt: the Federation Press, 2004.

2 SENFT, Louise Phipps; SAVAGE, Cynthia A. ADR in the courts: progress, problems and possibilities. **Penn State Law Review**, United States, v. 108, n. 1, p. 327-348, 2003.

3 O presente termo pode ser compreendido como “Centro Abrangente de Justiça”.

4 CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 25-38.

5 Tradução livre: “quais são as características significantes dos diversos mecanismos de resolução de conflitos (tais como, adjudicação, arbitragem, mediação, negociação, e várias misturas desses e outros métodos)?”

6 Tradução livre: “como essas características podem ser usadas, considerando-se a variedade dos conflitos que se apresentam, para desenvolver critérios racionais para direcionar diversos tipos de conflitos a métodos diversos de tratamento de conflitos?”

7 SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: POUND conference: perspectives on justice in the future. Minnesota: West Publishing Co., 1979. p. 65-69.

8 Para Sander e Rozdeiczer (In: SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 11, p. 1, 2006), “one of the most challenging problems in the field of alternative methods of dispute resolution (ADR) is deciding which process or processes (e.g., arbitration, mediation, trial, or some hybrid of these

- primary processes) are most appropriate for a particular dispute”. Tradução livre: “um dos problemas mais desafiadores no âmbito dos métodos de resolução alternativa de conflitos (ADR) é decidir qual processo ou processos é mais apropriado para determinado conflito”.
- 9 SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, p. 1-28, 2006.
 - 10 Destaca-se que o presente artigo não objetiva realizar a abordagem da política pública brasileira de tratamento de conflitos, mas apresentar contribuições a ela a partir da vasta literatura publicada que revela suas fragilidades.
 - 11 A referida Resolução tem por escopo instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflito de interesses, assegurando a todas as pessoas o adequado método para resposta ao seu conflito de acordo com a natureza e a peculiaridade. Para isso, compete aos órgãos judiciários, no prazo de 12 meses, oferecer a mediação e a conciliação como métodos de resolução de conflitos, prestando atendimento e orientação à população.
 - 12 No sistema do *Common Law* (sistema jurídico anglo-saxão), adotado por países como Estados Unidos da América (com exceção do Estado de Louisiana, Reino Unido, Austrália, o Direito é declarado pelo juiz (*judge made law*), sendo o precedente judicial (*case law*) a principal fonte jurídica. Dessa forma, a partir do confronto entre um precedente e um novo caso, aplica-se a técnica das distinções, a qual consiste na possibilidade de ajustar, completar ou mesmo reformular a regra, para dar a melhor e mais razoável solução ao litígio. Os princípios de direito são inteiramente construídos pelas cortes de justiça, sem que haja qualquer lei escrita a respeito (VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007).
 - 13 Para maiores informações, pode ser acessado o sítio eletrônico da US Supreme Court. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>>.
 - 14 *US Statutes* se refere à legislação ordinária federal norte-americana.
 - 15 Section I: “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office”. Tradução livre: “Seção I: “ O poder judicial dos Estados Unidos da América será investido em uma Corte Suprema, e em Tribunais inferiores que o Congresso pode, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer. Os juízes tanto da Corte Suprema como dos Tribunais inferiores conservarão seus cargos mediante boa conduta, devendo, em prazos determinados, receber por seus serviços por meio de uma remuneração que não poderá ser reduzida durante a sua permanência no cargo”.
 - 16 Section II: “1: The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State —between Citizens of different States, —between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.
2: In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.
3: The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed”. Tradução livre: “Seção II: “1: O poder judicial deve estender-se a todos os casos, pela Lei e Equidade, decorrente desta Constituição, das leis dos Estados Unidos da América e dos tratados feitos, ou que serão feitos, sob a sua autoridade; -para todos os casos afetando embaixadores, outros ministros e cônsules; -para todos os casos de Jurisdição do almirantado e marítima; -para controvérsias a que os Estados-Membros devem ser Parte; -para controvérsias entre dois ou mais Estados; -entre um Estado e cidadãos de outro Estado ; -entre cidadãos de Estados diferentes, -entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras de Estados diferentes, e entre um Estado, ou os cidadãos dos mesmos, e Estados estrangeiros, cidadãos ou súditos.

- 2: em todos os casos que afetam embaixadores, outros ministros e cônsules e aqueles em que um Estado deve ser parte, a Corte Suprema terá jurisdição original. Em todos os outros casos anteriormente mencionados, a Corte Suprema terá competência de recurso tanto quanto ao direito quanto aos fatos, com as exceções, e sob regulamentos que o Congresso deve fazer.
- 3: O Julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri; e tal julgamento deve ser realizado no Estado onde os referidos crimes foram cometidos; mas, quando não houver ocorrido em nenhum Estado, o julgamento será em lugar que o Congresso determinará por lei.”
- 17 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**. introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 18 O *District of Columbia* pode ser visitado pelo sítio eletrônico <<http://www.dcd.uscourts.gov>>.
- 19 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**. introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 20 Luchiari (In: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 103) sustenta que “[...] foi nas décadas de 1970 e 1980 que surgiu efetivamente a onda dos mecanismos alternativos de resolução de disputas, que ficou conhecida como “ADR Movement”, enquadrando-se perfeitamente no que Mauro Cappelletti denominou de uma das ondas renovadoras do processo [...]”.
- 21 Como refere Luchiari (In: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial**: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 104), “em 1990, foi editado o *Civil Justice Reform Act*, pelo Congresso dos Estados Unidos, que lançou determinação aos tribunais distritais federais, no sentido de que desenvolvessem um plano objetivo para reduzir o tempo e as despesas dos processos no prazo de três anos e, ao definir as diretrizes a serem seguidas por esses planos, incluiu a adoção da mediação, do *minitrial* e do *summary jury trial*”. Nesse sentido, “[...] demandava que as Cortes Federais (*District Courts*) desenvolvessem planos para redução de custos e demora dos processos judiciais, com ênfase no gerenciamento da demanda, monitoramento da fase instrutória, dentre outras medidas que assegurassem uma resolução mais expedita e menos custosa do processo” (GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 131).
- 22 GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute Resolution**: negotiation, mediation, and other processes. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012.
- 23 O documento “[...] reconheceu a importância dos meios alternativos de solução de conflitos como parte da política nacional de administração judicial, além de requerer que cada *District Court* desenvolvesse e implementasse o seu próprio programa de meios alternativos de solução de conflitos” (GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 131-132).
- 24 LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial**: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- 25 UNIFORM LAW COMMISSION. **The national conference of commissioners on United States laws**. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- 26 Tradução livre: “a resolução de conflitos nos EUA é formal, informal e semiformal”.
- 27 MENKEL-MEADOW, Carrie. Regulation of dispute resolution in the United States of America: from the formal to the informal to the ‘semi-formal’. In: STEFFEK, Felix et al. **Regulating dispute resolution**: adr and access to justice at the crossroads. 2013. p. 420. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2300&context=facpub>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- 28 Tradução livre: “a questão aqui é se processos ‘semiformais’ podem legitimamente operar em um espaço entre a transparência e a coerência presumida de justiça formal, assim como a confidencialidade, flexibilidade e autodeterminação dos processos informais”.
- 29 MENKEL-MEADOW, Carrie. Regulation of dispute resolution in the United States of America: from the Formal to the Informal to the ‘Semi-formal’. In: STEFFEK, Felix et al. **Regulating dispute resolution**: adr and access to justice at the crossroads. 2013. p. 428. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2300&context=facpub>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

- 30 MENKEL-MEADOW, Carrie. Regulation of dispute resolution in the United States of America: from the Formal to the Informal to the 'Semi-formal'. In: STEFFEK, Felix et al. **Regulating dispute resolution: adr and access to justice at the crossroads**. 2013. p. 236. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2300&context=facpub>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- 31 O presente termo pode ser compreendido como “Centro Abrangente de Justiça”.
- 32 O professor Frank Sander explica a tarefa que se constituiu para implementar as propostas da Roscoe Pound Conference: “Well, I think one specific thing that happened is that in the fall of 1976 Jimmy Carter was elected U.S. president. He appointed Griffin Bell as Attorney General of the United States. [Bell] had commented on my paper at the [1976] Pound Conference, and he was very intrigued by what he learned there. So, he set up a special division in the Department of Justice called the Office for Improvements in the Administration of Justice. The, the Pound Conference leaders created a follow-up taskforce to look at what ideas were thrown out there [at the conference], and how they could be advanced and implemented, and Griffin Bell was the head of that. But, there were many other influences. The American Bar Association embraced this idea and set up a special committee initially called the Special Committee on the Resolution of Minor Dispute Resolution. Then in 1993 it became the ABA’s Section of Dispute Resolution, which now has 17,000 members. So, the ABA has embraced this. They give a national conference every spring that is very popular in the field. They have put out a journal called Dispute Resolution Magazine, so there have been lots of things that have happened. There also has been state and federal legislation on the subject. One interesting law that exists in a number of states is that lawyers have an ethical duty to apprise clients of different forms of dispute resolution for their cases. So when you come to a lawyer in those states – like Massachusetts, Colorado and New Jersey, and a number of other states – you have to canvas with a client, just the way a doctor ought to do if you come in with some ailment. You say, “My stomach hurts,” and the doctor does not say, “Well, let me get out my scalpel and operate”. [Doctors] have to tell you your options: “You can take drugs, you can do nothing about it, you can have an operation”. So, lawyers ought to be doing the same thing with disputes, and that naturally leads to greater exploration of dispute options. And of course, then the lawyers have to be educated. That is one consequence of that kind of obligation” (GABBAY, 2013, p. 127). Tradução livre: “Bem, acredito que uma coisa específica que aconteceu é que, no outono de 1976, Jimmy Carter foi eleito presidente dos EUA. Ele nomeou Griffin Bell como procurador-geral dos Estados Unidos. Bell comentou sobre o artigo que escrevi para a Pound Conference de 1976 e estava muito intrigado com o que aprendeu lá. Então, ele criou um gabinete especial do Departamento de Justiça para melhorar a administração da Justiça. Além disso, as lideranças da Pound Conference criaram um grupo de trabalho para analisar as ideias apresentadas e verificar como poderiam ser implementados. Griffin Bell foi o cabeça disso tudo. Mas havia muitas outras influências. A Ordem dos Advogados dos EUA abraçou essa ideia e criou uma comissão especial inicialmente chamada Comissão Especial sobre a Resolução de Litígios Menores. Em 1993, tornou-se Seção de Solução de Controvérsias da Ordem, hoje com mais de 17.000 membros. Assim, a Ordem abraçou a causa. Ela organiza uma conferência nacional a cada primavera que é muito popular na área. Eles criaram um jornal chamado Dispute Resolution Magazine, por isso várias coisas estão acontecendo. Há também uma legislação federal e estadual sobre o assunto. Uma lei interessante que existe em alguns estados é que os advogados têm o dever ético de informar aos clientes sobre as diferentes formas de resolução de disputas para os seus casos. Então, quando se vai a um advogado nestes Estados - como Massachusetts, Colorado e New Jersey, dentre outros - o advogado deve considerar o cenário geral do conflito, como um médico deve fazer em relação a um paciente com alguma doença. : “Meu estômago dói”, e que o médico não diz: “Bem, deixe-me pegar meu bisturi e operar”. [Os médicos] devem dar opções: “Você pode tomar drogas, você não pode fazer nada sobre isso, você pode ter uma operação”. Então, os advogados deveriam estar adotando a mesma medida com as disputas, e que naturalmente leva a uma maior exploração de opções de disputa. E, claro, em seguida, os advogados têm de aprender a agir dessa forma. Esta é uma consequência desse tipo de obrigação”.
- 33 “A task force resulting from the conference was intrigued with Professor Frank Sander’s vision of a court that was not simply a courthouse but a dispute resolution center where the grievant, with the aid of a screening clerk, would be directed to the process (or sequence of processes) most appropriate to a particular type of case” (GOLDBERG, Stephen B. et al. **dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012. p. 8). Tradução livre: “Uma força-tarefa resultante da conferência ficou intrigada a partir da visão do Professor Frank Sander de um Tribunal que não era simplesmente um

Tribunal, mas um centro de resolução de conflitos em que o autor, com a ajuda de um funcionário da Justiça (triagem), seria direcionado para o processo (ou sequência de processos) mais adequado(s) para o tipo determinado de caso”.

- 34 Nesse sentido, refere Sander que “we lawyers have been far too single-minded when it comes to dispute resolution” We have tended to assume that the courts are the natural and obvious – and only – dispute resolvers. In fact there exists a rich variety of processes which may resolve conflicts far more effectively. Much as the police have been looked for to “solve” racial, school and neighborly disputes, so too have we been making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institutions of society. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to those accelerating demands. It becomes essential therefore to examine other alternatives (CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank. Evolution of the multi- door courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, Saint Paul, MN, v. 5, n. 3, p. 670, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221>. Acesso em: 28 maio 2014). Tradução livre: “Nós advogados temos uma visão restrita quando se trata de resolução de litígios. Temos a tendência a assumir que os Tribunais são os naturais e óbvios – “resolvedores” de litígios - e só. Na verdade, existe uma grande variedade de processos que podem ser resolvidos de forma mais efetiva. Assim como a polícia tem sido procurada para “resolver” conflitos racial, escolar e as disputas de vizinhança, também percebemos cada vez maiores exigências nos Tribunais para resolver disputas que costumavam ser tratadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, os Tribunais não podem continuar a responder eficazmente a essas demandas em crescimento. Torna-se essencial, portanto, examinar outras alternativas”.
- 35 Conforme manifestou Sander, “one of the many things the ABA did is when its Dispute Resolution Committee got some money, it set up a pilot project with multi-door courthouses in three places: Tulsa, Oklahoma; Houston, Texas; and Washington, D.C. And while not all of them have survived, the Washington, D.C. multi-door courthouse [the D.C. Superior Court’s Multi-Door Dispute Resolution Division] is now a very active and impressive one. So, this was a useful experiment that showed what to do and what not to do, absolutely” (GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 128). Tradução livre: “uma das muitas coisas que a Ordem fez, quando o Comitê de Solução de Disputas ganhou algum dinheiro, foi criar um projeto-piloto do sistema multiportas em três lugares: Tulsa, Oklahoma; Houston, Texas; e Washington, DC. Embora nem todos eles tenham sobrevivido, o programa de Washington, DC é agora muito ativo e impressionante. Então, essa foi uma experiência útil que mostrou o que fazer e o que não fazer, absolutamente”.
- 36 GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- 37 Tradução livre: “Eu tentei olhar para cada processo diferente e visualizar se poderíamos utilizar algum tipo de taxonomia para determinar onde os litígios deveriam ir e quais portas são adequadas para tais disputas”.
- 38 CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank. Evolution of the multi- door courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, Saint Paul, MN, v. 5, n. 3, p. 670, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221>. Acesso em: 28 maio 2014.
- 39 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 27.
- 40 SIFUENTES, Mônica. Tribunal multiportas. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 972, fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8047/tribunal-multiportas>>. Acesso em: 28 maio 2014.
- 41 BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2013.
- 42 SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011.
- 43 NUNES, Andrine Oliveira; SALES, Lilia Maia de Moraes. **A possibilidade do alcance da justiça por meio de mecanismos alternativos associados ao judiciário**. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2013.
- 44 Consoante Oliveira e Spengler (OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 113), “o Fórum Múltiplas Portas é um centro multifacetado cuja premissa é a aplicação do melhor meca-

- nismo, considerando as vantagens e desvantagens do caso específico, no tratamento do conflito. Assim, em vez de apenas uma “porta” que conduz à sala de audiências, esse centro de justiça global tem muitas portas, que podem ser a “negociação”, a “conciliação”, a “mediação”, a “arbitragem”, a “avaliação preliminar neutra”, dentre outras”.
- 45 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013.
- 46 Nessa ótica, compreende-se que “a combinação variável destes fatores pode levar, em um determinado caso, a diferentes conclusões sobre o processo mais apropriado, e nenhuma suposição taxativa ou conclusão apresada deve ser elaborada de qualquer fator específico” (KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p. 102). Adicionam, ainda, Keppen e Martins os seguintes fatores: a) natureza do conflito; b) o tempo do conflito e se há necessidade de uma rápida determinação ou de maior flexibilidade de tempo mais longo; c) o valor da causa; d) a complexidade da causa (de fato e de direito); e) a necessidade ou o anseio de uma decisão judicial, gerando efeitos de precedente; f) os objetivos das partes; g) a natureza da relação entre as partes; h) a habilidade de negociação das partes sem a assistência de um terceiro; i) os recursos disponíveis para o tratamento do conflito; j) o número de envolvidos; k) se as partes possuem uma relação constante; l) a necessidade ou desejo de privacidade.
- 47 FRENCH, Robert. **Perspectives on court annexed alternative dispute resolution**. 2009. Disponível em: <<http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj27july09.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014.
- 48 Tradução livre: “Eu não acredito que o Tribunal seja a forma mais efetiva de realizar esse tipo de tarefa de selecionar.”
- 49 SANDER, Frank. varieties of dispute processing. In: POUND Conference: perspectives on justice in the future. Minnesota: West Publishing Co., 1979. p. 79.
- 50 SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: POUND Conference: perspectives on justice in the future. Minnesota: West Publishing Co., 1979. p. 65-87.
- 51 SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 11, p. 1-28, 2006.
- 52 GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution**: negotiation, mediation, and other processes. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012.
- 53 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013.
- 54 SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.
- 55 Na concepção de Goldberg et al. (In: GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution**: negotiation, mediation, and other processes. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012. p. 56), “mediation is clearly the preferred procedure when venting is necessary. By providing an informal atmosphere that encourages full participation by the disputants themselves, as well as by their lawyers, and by the presence of a neutral who can control the venting process, mediation can create a safe harbor for the parties to express their views fully. Some venting is possible in the evaluative ADR procedures; however, since their focus is on presenting evidence and argument concerning the rights of the parties, they are less hospitable to expressions of feelings”. Tradução livre: “a mediação é claramente o procedimento preferencial quando é necessária uma abertura. Ao fornecer um ambiente informal que incentiva a plena participação das partes, bem como por seus advogados, e a presença de um neutro que pode controlar o processo de abertura dos disputantes, a mediação pode criar um porto seguro para que as partes expressem completamente seus pontos de vista. Alguma abertura é possível nos procedimentos de avaliação de ADR, no entanto, uma vez que seu foco está em apresentar provas e argumentos sobre os direitos das partes, eles são menos hospitaleiros para expressar sentimentos”.
- 56 Spengler (In: SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticas da mediação comunitária**. Ijuí: editora Unijuí, 2012. p. 94) refere que “de fato, o principal desafio que a mediação enfrenta não é o de gerar relações calorosas e acolhedoras, sociedades isentas de litígio ou uma ordem de mundo harmoniosa. Ao invés disso, considerando-se a natureza endêmica do conflito, talvez o seu principal desafio seja encontrar mecanismo que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica”.

- 57 SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticas da mediação comunitária**. Ijuí: editora Unijuí, 2012.
- 58 Por essa razão, “escolher a mediação é, para cada um dos dois adversários, compreender que o desenvolvimento da sua hostilidade só lhes pode ser prejudicial e que têm todo o interesse em tentar encontrar, por meio de um acordo amigável, uma saída positiva para o conflito que os opõe. [...] A maior parte das vezes, as decisões da justiça cortam o nó de um conflito, designando um ganhador e outro perdedor - um ganha o seu processo o outro o perde - e as duas partes saem do tribunal mais adversárias do que nunca. A mediação não se preocupa tanto em julgar um facto passado - que é o que faz a instituição judicial - como em apoiar-se nele para o ultrapassar e permitir que os adversários de ontem inventem um futuro liberto do peso de seu passado” (MULLER, Jean - Marie. **Não-violência na educação**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006. p. 171).
- 59 MULLER, Jean - Marie. **Não-violência na educação**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.
- 60 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 144.
- 61 BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2013.
- 62 BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2013.
- 63 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multidéia, 2013.
- 64 MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- 65 GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012.
- 66 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multidéia, 2013.
- 67 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- 68 BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2013.
- 69 GOLDBERG, Stephen B et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012.
- 70 Nesse sentido, Calmon (In: CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 96) refere que “o número de jurados é reduzido e é possível até dividir os jurados em dois júris distintos, a fim de proporcionar que sejam colhidas duas opiniões distintas, que podem ou não coincidir.”
- 71 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multidéia, 2013. p. 103.
- 72 Tradução livre: “para aqueles casos novos ou não usuais em que o veredicto do júri é difícil de prever e a dificuldade é alcançar um acordo.”
- 73 GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012. p. 435.
- 74 Compreende-se que “the concept underlying the minitrial is that it provides each business executive with a crash course in the merits of the dispute – a brief but firsthand view of the best case that can be put forward by the attorneys for both sides, supplemented, if necessary, by the views of a neutral. Armed with this information, as well as their knowledge of the business relationships of the parties, the executives are equipped to negotiate a resolution of their dispute that makes business sense” (GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012. p. 431). Tradução livre: “o conceito subjacente ao *minitrial* é que ele fornece a cada executivo com um curso intensivo sobre o mérito da controvérsia - uma visão breve, mas em primeira mão do melhor dos casos que podem ser invocados pelos advogados de ambos os lados, acrescentando-se, se necessário, o ponto de vista do terceiro neutro. Armados

- com esta informação, bem como os seus conhecimentos sobre as relações comerciais das partes, os executivos estão preparados para negociar uma resolução do seu conflito que faz sentido para os negócios.”
- 75 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- 76 Para Goldberg, Sander, Rogers e Cole (In: GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012. p. 423), “the central advantage of med-arb over “pure” mediation followed if necessary by “pure” arbitration, in which different neutrals serve as mediator and arbitrator, is said to be that of efficiency.” Tradução livre: “a principal vantagem da med-arb diante da mediação “pura” seguida da arbitragem “pura”, na qual diferentes neutros são mediador e árbitro, é a eficiência.”
- 77 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 93.
- 78 Adiciona-se que esses métodos “têm em comum o fato de reunirem dois mecanismos privados e espontâneos, que podem ser realizados sob orientação coordenada, mas deve-se atentar à necessidade de separar as funções do mediador e do árbitro, para evitar qualquer influência ou quebra do sigilo, características intrínsecas à mediação. No sistema med/arb, caso o mediador seja sucessivamente o árbitro, ele já terá ouvido as partes em aspectos sensíveis, contaminando sua imparcialidade. Já no sistema arb/med, apesar de o árbitro já ter prolatado a sentença, não tendo conhecido qualquer fato reservado das partes, seu conhecimento da decisão, que ele próprio elaborou, o fará agir sob essa influência, contaminando a condução das tratativas para o acordo” (CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 93-94).
- 79 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 103.
- 80 Como referem Goldberg, Sander, Rogers e Cole (In: GOLDBERG, Stephen B. et al. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2012. p. 436), “the person’s job is to help resolve work-related disputed through informal counseling, mediation, or, more rarely, investigation and recommendations to management”. Ademais, “ombudspeople attempt to assure employees not only that they are neutral but that they will keep all communications confidential and help to protect complaining employees from reprisals”. Tradução livre: “o trabalho é ajudar a resolver disputas relacionadas ao trabalho por meio de aconselhamento informal, mediação e, mais raramente, investigação e encaminhamento à gerência”. / “o ouvidor busca assegurar aos empregados não somente que ele é neutro, mas que manterá toda a comunicação confidencial e protegerá as reclamações dos empregados a salvo de represálias.”
- 81 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 93.
- 82 Keppen e Martins (In: KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p. 85) indicam, também, como porta, o levantamento de dados (*fact-finding*), o qual “consiste em uma forma geral de investigação acurada sobre os fatos geradores do conflito, efetuada por uma terceira pessoa imparcial, que poderá apresentar relatório e fazer um aconselhamento sobre os termos do acordo. Esse método pode tomar muitas formas puras ou combinadas [...]”, como a avaliação técnica independente ou o mini júri. Adiciona, igualmente, o método baseball (*last-offer arbitration*) ou arbitragem vinculada, cuja ideia “é uma combinação de negociação e arbitragem. As partes negociam o ponto de impasse e então submetem alternativas ao árbitro, cuja responsabilidade única é selecionar a oferta de uma ou de outra parte” (p. 98-99). A seu turno, Calmon (In: CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 95) apresenta o *confidential listener* ou ouvinte neutro confidencial, ou seja, um terceiro imparcial a quem as partes apresentam a sua proposta de oferta final. Desse modo, “sem revelar o conteúdo de cada proposta à parte contrária, o ouvinte neutro lhe informa se, diante dessas propostas, há qualquer possibilidade de se chegar a um acordo ou se, ao contrário, suas posições são demasiadamente distantes. Em geral, os limites da oferta são fixados anteriormente, como também os critérios para resolver eventual diferença. Se as ofertas são apresentadas fora dos limites, o ouvinte pode tentar mediar um acordo. O ouvinte não precisa explicar os critérios de sua conclusão e deve manter a mais rigorosa reserva sobre o conteúdo de cada proposta, a menos que as partes o dispensem dessa obrigação.”
- 83 SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011.
- 84 MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- 85 OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 109.
- 86 Gabbay (In: GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 151-176) realizou uma pesquisa empírica em quatro programas multiportas dos Estados de Flórida, Ohio, Connecticut e Maine. Após a coleta de dados, afirma que “os pontos considerados como centrais para o sucesso dos programas de mediação foram: (i) forte suporte do Judiciário aos programas de solução de conflitos anexos à Corte; (ii) uma clara definição das formas e opções de soluções de conflitos; (iii) um quadro de funcionários da Corte altamente experiente e qualificado para implementar, monitorar e avaliar os programas; (iv) um processo de educação dos advogados e das partes sobre as opções de solução de conflitos, combinado a critérios ou a métodos para triagem dos casos que são direcionados aos processos de solução de conflitos; (v) requerimento aos litigantes para debaterem as escolhas de solução de conflitos e o processo da Corte de triagem e encaminhamento dos casos; (vi) escolha das partes sobre qual processo de solução de conflitos selecionar para cada caso específico; (vii) provedores e servidores, internos e externos ao Judiciário, de qualidade e sistemas de manutenção desta qualidade e integridade; (viii) plena integração do programa de solução de disputas com o gerenciamento dos casos e um agendamento realista do julgamento.”
- 87 Assim, “the programs were designed to function as an integral part of the administration of the courts and to divert cases to the most appropriate ‘door’ using screening criteria suggested by Sander and further developed in each project. Unlike individual court-annexed dispute resolution programs, the multi-door model provides a coordinated approach to dispute resolution with intake and referral operating under one centralized program, rather than independently. Flexibility, which enables each system to adapt the multi-door concept, has been a hallmark of these programs” (FRENCH, Robert. **Perspectives on court annexed alternative dispute resolution**. 2009. Disponível em: <<http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj27july09.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014. p. 5-6). Tradução livre: “Os programas foram concebidos para funcionar como parte integrante da administração dos Tribunais e para encaminhar casos à “porta” mais apropriada, usando critérios de triagem sugeridos por Sander e desenvolvidos em cada projeto. Ao contrário dos programas individuais de resolução de litígios, o modelo do Múltiplas Portas fornece uma abordagem coordenada à resolução de litígios com a ingestão e o encaminhamento, operando sob um programa centralizado ao invés de forma independente. Flexibilidade a qual permite que a adaptação de cada sistema ao conceito Múltiplas Portas é uma marca desse programa.”

CONSENSUAL JUSTICE IN THE OPEN-DOOR COURTHOUSE MODEL AND THE NORTH-AMERICAN POLICY FOR THE TREATMENT OF CONFLICTS: CONTRIBUTIONS TO THE BRAZILIAN MODEL

ABSTRACT

This work has as its subject consensual justice and the conflict treatment and is focused on studying the North American Multi-Door Courthouse model and its possible contributions to the Brazilian Public Policy for the Treatment of Conflicts – Resolution number 125 from November 29th, 2010 of the Brazilian National Justice Council. This study, from a hypothetical-deductive approach and bibliographical research, deserves a deepened analysis due to the difficulties faced by the traditional

methods adopted by the Judiciary to satisfactorily answer all conflicts, and the obstacles the alternative methods of dispute resolution face in Brazil in order to be solidified as a conflict treatment method. On the other hand, it indicates the experience in the United States, where the alternative methods have been studied since the 1920s, recognized a dichotomous approach, with which the parties themselves can build their responses according to their needs, interests and mutual relationship. So, considering the characteristics of the conflict, it presents the most suitable method for their conflict, ensuring the satisfaction of those involved. In this sense, it guarantees access to the justice in wide sense and strengthens social participation of the person, thus fomenting a culture of peace, of alterity and of treating of conflict in a qualitative way, more suited to the characteristics of each individual person and conflict type.

Keywords: Treatment of conflict. Multi-Door Courthouse. Consensual Justice. Culture of Peace.

Submetido: 1 fev. 2017

Aprovado: 10 maio 2017

(IN) CONSONÂNCIA DA TUTELA ANTECIPADA NO CPC DE 2015 COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

*Edmilson Araujo Rodrigues**
*Cynara Silde Mesquita Veloso***

1 Introdução: o paradigma da tutela provisória. 2 A tutela provisória de urgência antecipada. 2.1 A tipologia da tutela antecipada. 2.2 A tutela antecipada no novo código de processo civil de 2015. 3 As diferentes formas de tutela provisória. 4 A tutela antecipada e a teoria neoinstitucionalista do processo. 4.1 O contraditório, a isonomia e a ampla defesa na democratização da tutela antecipada. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

Objetivou-se neste artigo analisar a tutela provisória de urgência antecipada no NCPC de 2015 com enfoque na teoria neoinstitucionalista do processo. A partir dessa matriz teórica, questiona-se: será que a tutela provisória de urgência antecipada no NCPC de 2015 está em consonância com o Estado democrático de direito? Para responder ao enigma em questão, o caminho metodológico da pesquisa será classificado quanto à forma de abordagem de qualitativa e do ponto de vista dos seus objetivos será exploratória. No que tange aos procedimentos técnicos adotados na análise, a pesquisa será definida como bibliográfica e documental, uma vez que será utilizado um referencial teórico por meio de doutrinas e da legislação pertinente. Os resultados da investigação levaram a considerar que, embora o instituto em destaque seja importante, há, pois, uma incongruência no que se refere ao acesso igualitário à justiça pensada na perspectiva dos litigantes. Assim, percebe-se a não possibilidade do contraditório e da ampla defesa para o polo passivo da relação processual em consonância com o princípio da igualdade pensado de forma recíproca. Essa restrição se refere à impossibilidade da participação do réu na fase preliminar do processo, uma vez que, ao ser concedida a tutela provisória de urgência antecipada pelo modelo atual, o demandado fica submetido a uma decisão sem que tenha previamente participado do debate processual e contribuído com o resultado da decisão em respeito ao princípio da cooperação

1 Errata: a versão original do presente artigo omitiu o nome de Cynara Silde Mesquita Veloso do rol de seus autores. Embora a omissão não tenha decorrido de erro causado pelo periódico, estamos republicando o referido artigo, já no início de agosto de 2017, a pedido da parte interessada, a fim de sanar a omissão.

* Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino-UMSA. Professor Orientador do Centro de Pesquisa da Funorte em Montes Claros-MG. E-mail: <eeddmilson@ig.com.br>.

** Doutora em Direito Processual pela PUCMinas, Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Pitágoras em Montes Claros-MG. E mail: <cynarasilde@yahoo.com.br>.

e do contraditório, alinhados ao poder de influência atinente ao direito das partes. Por conseguinte, o estudo considerou também que a tutela antecipada da forma como é normatizada, embora seja uma alternativa para “o autor que tem razão” – na expressão cunhada por Marinoni; não se mostra razoável, dentro da perspectiva do devido processo legal. Diante disso, pode-se concluir que a tutela provisória de urgência antecipada deve ser aperfeiçoada e, com isso, acrescentar a audiência de justificação prévia obrigatória na fase inicial do processo no qual será respeitado o princípio do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Palavras-chaves: Tutela provisória de urgência antecipada. Teoria neoinstitucionalista do processo. Contraditório. Isonomia. Ampla defesa.

1 INTRODUÇÃO: O PARADIGMA DA TUTELA PROVISÓRIA

A tutela provisória é um conceito novo criado para compor o rol de direitos processuais previstos no Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015) que entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 18 de março de 2016 por meio da Lei n. 13.105/2015. Essa nova forma de tutela jurisdicional de cognição sumária tem previsão indicada nos artigos 294 a 311 do NCPC/2015. Embora com nomenclatura moderna, a nova lei processual trouxe reminiscência da tutela antecipada, prevista no art. 273 da lei processual ora revogada de 1973 (CPC/73) e da tutela cautelar alocada no art. 796 e seguintes do CPC/73 outrora revogado.

Cumprir destacar que, dentro do gênero tutela provisória, que engloba as tutelas de urgência e evidência, o campo de análise será atinente à tutela provisória de urgência, sendo essa ramificada pelas tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada. Todavia, o foco do trabalho se abstém das demais espécies para centrar-se na abordagem da tutela provisória de urgência antecipada, objeto de estudo em questão.

É importante salientar, outrossim, que o intento deste trabalho é analisar a tutela provisória na modalidade de urgência, com ênfase na tutela antecipada a partir da sua adequação aos princípios constitucionais do devido processo legal, quais sejam: os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. É de todo proveitoso ressaltar que o desiderato aduzido é trazer uma discussão sobre o tema susodito e confrontar a teoria instrumentalista que instituiu a tutela provisória com a teoria crítica denominada de teoria neoinstitucionalista do processo.

Ainda nesse linear, é de suma importância ponderar que a tutela provisória de urgência antecipada necessita de uma reflexão e um aprimoramento. Embora seja um instituto de suma importância para o ordenamento brasileiro, na perspectiva da teoria instrumentalista do processo vinculada ao esteriótipo da celeridade na perspectiva do autor que não pode suportar o ônus do tempo. Como contraponto

dessa análise, entende-se que a tutela provisória de urgência antecipada, para ser compatível com o devido processo legal, necessita de adaptações, visto que a decisão liminar em discussão entabulada no NCPC/2015 não cria como regra a participação da parte adversa no limiar do processo, precedentemente à decisão judicial. Esse fenômeno representa uma relativização ao princípio constitucional do contraditório, que irrompe contra a teoria de Fazzalari¹ que visualizara o processo como sendo um procedimento em contraditório.

Nessa perspectiva, a decisão solipsista do julgador apresentada não tem compatibilidade com direito ao acesso à justiça em sua plenitude, pensada em uma dinâmica bilateral, isto é, direito de ação e direito de exceção. Essa reflexão cria mecanismos de análise sobre o princípio da igualdade de condições entre as partes e também em relação à aplicabilidade da paridade de armas prevista no art. 7º do NCPC/2015 e ao princípio da cooperação. Esse axial é o escólio do poder de influência das partes rechaçado pela decisão do magistrado perspectivada unilateralmente. À luz desses fundamentos, o que se questiona no presente trabalho é se a tutela provisória de urgência antecipada prevista no NCPC/2015 está de acordo com o Estado Democrático de Direito. Observa-se com agudeza, por meio da pesquisa em análise, que o instituto da tutela de urgência antecipada necessita da inclusão no texto normativo de garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia para que os litigantes tenham condições de manifestar-se antes da decisão, respeitando-se, assim, o poder de influência trazido pelas partes ao processo.

2 A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

2.1 A TIPOLOGIA DA TUTELA ANTECIPADA

O instituto da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil de 2015² ganhou uma nova roupagem e se constitui como um arcabouço denominado de tutela provisória que abarca 3 (três) tipos de tutela: a tutela antecipada, a tutela cautelar e, por fim, a verdadeira novidade,³ a tutela de evidência. Direcionando o foco para a tutela antecipada, percebe-se que o conceito de tutela antecipada pode ser delineado por um primeiro significado que, vindo à tona, pode-se questionar: o que se antecipa, antecipa-se o quê? Em termos de vocabulário, significa fazer chegar ou ocorrer antes do tempo marcado, adiantar-se.⁴ Como explica Carmingnani, o sentido de tutela antecipada: “[...] depreende-se do próprio significado da palavra, adiantar os efeitos da tutela que será concedida, ao final, satisfazendo a própria pretensão do autor, ainda que provisoriamente [...]”.⁵

Para Zavascki,⁶ o que se antecipa ao requerer a tutela é a eficácia social e não a jurídico-formal. No mesmo itinerário, Lopes⁷ destaca a natureza interlocutória da tutela antecipada. Nota-se, pois, que a afirmação desse autor advém do esclarecimento de que não se trata

esse instituto de uma sentença ou de julgamento antecipado do conflito, mas “de medida de caráter provisório que visa a tutelar mais eficaz e prontamente o direito do autor sempre que ele preencher os requisitos exigidos pela lei.”

É de todo conveniente assentar que, para concessão da tutela provisória de urgência antecipada, devem ser levados em conta os pressupostos de admissibilidade, ancorados na probabilidade do direito previsto tanto para tutela antecipada como para a tutela cautelar e no perigo de dano ou o do risco ao resultado útil ao processo. Esses últimos requisitos contemplam respectivamente a exigência para a tutela antecipada e cautelar, respectivamente.

Ainda sobre a tutela provisória, destaca-se que os requisitos para a tutela de urgência e para a tutela evidência são diferentes. Nessa toada, percebe-se que a tutela de urgência contempla como requisito a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo. Em outra direção, está a tutela de evidência, que tem requisitos específicos do art. 311 do NCPC/2015⁸ e, independentemente do perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo, haverá concessão da medida.

De modo esquematizado, segue o quadro 1 com os institutos ora denominados como forma de ratificar o alhures epigrafado:

Tutela Provisória		
Urgente		Evidente
Antecipada	Cautelar	
Probabilidade do Direito		Art. 311
Perigo de Dano ou Risco de Resultado Útil ao Processo		Requisitos específicos

Quadro 1 - Requisitos da Tutela Provisória
Fonte: elaboração própria (2016) com base no novo CPC/2015.

Dentro desse diapasão, é imprescindível destacar que o CPC/73⁹ elencava como requisitos para a concessão da tutela antecipada: (i) a prova inequívoca e (ii) a verossimilhança da alegação. Quanto ao processo cautelar, os requisitos eram *fumus buni iuris* e *periculum in mora*. Esse conjunto de exigências de outrora representa o amálgama atual denominado de probabilidade do direito de um lado e perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo de outro. Dessa forma, os requisitos, que antes eram específicos para cada tipo de tutela, foram aglutinados para os 2 (dois) tipos de tutela provisória de urgência, seja para a tutela antecipada, seja para a tutela cautelar.

Quanto ao contraditório, em decisão liminar, seja na tutela antecedente, seja na cumulativa com o processo principal, manteve-se o legislador renitente a sistemática de relativizar o direito ao contraditório do polo adverso. Nesse sentido, mister destacar que o ordenamento jurídico brasileiro tenta subverter a ordem e sistemática processual relativizando o contraditório entabulado outrora por Fazzalari,¹⁰ criando a figura do contraditório diferido.

Adversamente, essa pretensão vem destituída de fundamentos perenes. Essa constatação é perfeitamente notada ao confrontar os requisitos utilizados para a concessão da medida antecipatória, que no CPC/73¹¹ exigia como requisito a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação. Por conseguinte, no NCPC/2015¹², essa exigência é outra, denominada de probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo. Nota-se, com esse enfrentamento, que o próprio legislador não foi capaz de sustentar os requisitos de outrora, qual seja, prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Não sendo absurdo afirmar que esses requisitos do código revogado se demonstravam com uma interpretação muito particular e, quiçá, contraditória: ou seja, como a prova seria inequívoca e verossimilhante?

Entrementes, caminha-se para direcionar o estudo sobre as várias formas de tutela antecipada, sendo necessário trazer o escólio de vários doutrinadores como mecanismos para compreensão do sentido da tutela antecipada no ordenamento jurídico.

Nesse patamar, Melo¹³ delinea a tutela antecipada como sendo a proteção ou o amparo antes do tempo que lhe seria próprio. Convém mencionar por oportuno que a sobredita autora lembra que, para a maioria dos autores, a tutela antecipada “é a decisão que antecipa alguns dos efeitos da sentença definitiva.”¹⁴

Adstrito nessa clivagem, Leal¹⁵ define a tutela antecipada como a aplicação por antecedência dos “conteúdos tutelares da lei pelo ato sentencial interlocutório.”

Para Mol,¹⁶ trata-se de uma técnica processual de adiantamento da proteção da lei ou uma forma de precipitação do tempo para a proteção da parte, tendo em vista o seu direito como visto por Carmignani.¹⁷

De modo consequente, na teoria do processo, os vários conceitos do que venha a ser a tutela provisória de urgência antecipada, parece haver uma unanimidade de que o seu significado está relacionado com uma medida de urgência ou com a prestação jurisdicional que visa a satisfazer o direito do autor antes do momento adequado, ou seja, da decisão final. Mas a definição de tutela provisória de urgência antecipada tem de ser pensada e problematizada no prisma da pragmática em que o significado da controvérsia tem acento nos sujeitos e na linguagem por meio da qual o leito da discussão se apresenta. O fio condutor dessa dimensão é ratificado por Habermas¹⁸, que, por meio da razão comunicativa, apresenta a solução para a reconstrução de emaranhados de discursos formadores de opinião e preparadores de decisões onde está embutido o poder democrático exercido, conforme o direito.

2.2 A TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A tutela provisória de urgência antecipada no NCPC/2015¹⁹ está sob incipiente abordagem. Sendo assim, com a nova legislação, a tutela antecipada tornou-se uma espécie do gênero tutela provisória. Dessa maneira, a norma atualizada inovou ao trazer um aparato denominado de tutela provisória para antigas denominações de tutela antecipada e tutela

cautelar, por meio de outro viés denominado de tutelas provisórias de urgência e evidência. Na primeira divisão (tutela provisória de urgência), comporta as tutelas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro que são as tutelas antecipadas e tutelas cautelares, que se dão de 3 (três) maneiras (quanto ao peticionamento/protocolo/distribuição), que são as formas antecedente, cumulativa e incidental, conforme corroborado por Theodoro Junior.²⁰ É importante reter na mente que a tutela antecedente representa uma novidade no NCPC/2015,²¹ visto que, no CPC/73²², essa possibilidade somente seria viável por meio da ação cautelar antecedente ou incidental. Partindo para a segunda divisão da tutela provisória, encontra-se a tutela provisória de evidência, que se efetiva por meio da distribuição de modo cumulativo. A obviedade do peticionamento ao processo de tutela de evidência tem como desiderato demonstrar que, nessa tutela, não existe o instituto, nem na forma antecedente, nem na forma incidental, uma vez que o pressuposto para a tutela de evidência é um raciocínio similar à “prova inequívoca”, que se efetiva por meio da prova pré-constituída.

Ainda dentro do mesmo estrato, deve ser destacado que o art. 311, inciso I, do NCPC/2015²³ trouxe a mesma redação do art. 273, inciso II, do CPC/73²⁴, ora revogado, qual seja, “art. 311, inciso I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.” Ademais, cabe tutela de evidência sempre que o autor na inicial produzir provas suficientes à constituição do direito e o réu não for capaz de trazer elementos que possam causar dúvida razoável. Não sendo demais asseverar que essa previsão é fruto de uma percepção cotidiana efetivada pelo réu em contestações completamente alheias ao pedido exordial.

De uma maneira geral, o legislador resolveu colocar debaixo de um mesmo arcabouço judicial a tutela provisória que engloba todas as espécies de tutela de urgência (antecipada e cautelar) e evidência, mas cada uma delas com as suas especificidades dentro do novo Direito Processual Civil.

Dentro desse viés, tem razão Bueno²⁵ ao descrever de modo lapidar o conceito de tutela provisória caracterizando-se como um conjunto de técnicas que possibilitam uma decisão, atendidos determinados pressupostos que gravitam em torno da urgência e evidência. Sendo, portanto, prestada a tutela jurisdicional com base em decisão estável apta a assegurar ou a satisfazer desde logo o intento do autor no início da lide.

Sem embargos, encampadas na tutela provisória do novo texto processual, as várias espécies de tutelas careceriam de um estudo pormenorizado, contudo essa pretensão não é objeto do presente trabalho que passará a descrever de forma perfunctória as espécies de tutelas provisórias recaindo, assim, especificamente, na análise da tutela provisória de urgência antecipada, que receberá maior digressão.

Resulta, assim, confirmado que a tutela provisória é a soma de todas as tutelas denominadas de tutela de urgência e tutela de evidência. Devido à natureza abrangente do

gênero tutela provisória, cumpre registrar a sua definição conforme está disciplinada pelo NCPC/2015.²⁶

Nesse axial, conceitualmente, a tutela provisória é um aparato de técnicas que possibilitam ao magistrado de posse de determinados pressupostos, que circundam a presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, seja de forma antecedente, seja incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou a satisfazer rapidamente a pretensão do autor.²⁷

No entendimento de Neves,²⁸ a tutela provisória é proferida mediante cognição sumária porque o decisor, “ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica”. Não obstante, destaca o sobredito autor que “excepcionalmente, entretanto essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença.”

No que se refere à tutela provisória de urgência cautelar, disposta no art. 294 c/c art. 308, §1º, do NCPC/2015, percebe-se que a concessão da medida se dá de 3 (três) formas, quais sejam: (i) de forma cumulativa ao processo principal, (ii) de forma incidental ou (iii) de forma antecedente. Já a tutela de evidência, esta se dá somente pela forma cumulativa, prevista no art. 311 do NCPC/2015.²⁹

É de todo conveniente assentar que a tutela provisória de evidência tem suas particularidades divorciadas da tutela provisória de urgência, conseqüentemente, ao fazer uma leitura mais apurada sobre o novo instituto (tutela provisória), descobre-se que a tutela provisória de evidência fora tratada pelo legislador com certo descuido, que será analisado por meio de situações consignadas na sequência.

A primeira abordagem a ser feita sobre a tutela provisória de evidência é em relação à impossibilidade descrita sobre o pedido antecedente. Nesse diapasão, a legislação processual não autoriza pedido antecedente de tutela provisória de evidência, embora, para Neves, o pedido antecedente é plenamente possível, conforme escólio tratado a seguir: “O aspecto negativo [...] fica por conta da exclusão da tutela [provisória] de evidência como passível de ser concedida de forma antecedente”.³⁰ Além disso, arremata o autor susodito que a tutela provisória de urgência satisfativa e a tutela provisória de evidência se aproximam de forma significativa da tutela provisória de urgência antecipada (TPUA), já que a única diferença entre as tutelas se relaciona com os requisitos para sua concessão. Diante desse trivial, a satisfação fática é a mesma na tutela provisória de urgência antecipada e na tutela provisória de evidência. Insta destacar, pois, que Neves³¹ entende que a tutela provisória de evidência seria similar à tutela provisória de urgência antecipada, uma vez que ambas as decisões em relação aos institutos seriam acolhidas pela estabilidade prevista no artigo 304 cumulado com artigo 303 do NCPC/2015.³² Dentro desse mesmo norte, é de bom alvitre lembrar que somente será estabilizada a demanda se o réu não agravar de instrumento, sendo esse o escólio do *caput* do art. 304 que assim obtempera:

“A tutela antecipada, concedida [...] torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”

Não obstante o alegado pelo renomado doutrinador, referente à similaridade entre a tutela antecipada e a tutela de evidência, nota-se que a discordância com o tema é inequívoca, pelo seguinte motivo: a incongruência da necessidade de tutela provisória de evidência antecedente está presente na desnecessidade em patrocinar a documentação para o pedido principal entabulado no artigo 311, incisos II e III, do NCPC/2015.³³ Explica-se: na tutela provisória de urgência antecipada antecedente, necessita-se da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo, já na tutela provisória de evidência, não há as exigências susoditas, apenas provas previamente constituídas, sendo, portanto, despiciendo o pedido antecedente na tutela de evidência, sendo essa a lógica pensada pelo legislador ordinário.

Em relação à tutela provisória de urgência antecipada, objeto do presente artigo, atualmente, está sob o manto da legislação do NCPC/2015,³⁴ mas possui antecedentes históricos. Essa espécie de tutela surgiu no ordenamento brasileiro no CPC/73, cuja reforma aconteceu, à época, por meio da Lei n. 8.952, de 13.12.1994³⁵ que trouxe, em seu artigo 273, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em todos os processos de conhecimento.

Curial asserir, pois, que o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, precedente à TPUA, representara prática corriqueira do dia a dia forense.

Dentro desse panorama, a tutela antecipada vai sendo construída e amoldada em busca de uma efetividade da jurisdição que coloca em conflito a razoável duração do processo e o devido processo legal.

3 AS DIFERENTES FORMAS DE TUTELA PROVISÓRIA

Para analisar a tutela provisória e suas espécies, é necessário um estudo comparativo entre os institutos a fim de evidenciar as similitudes e diferenças entre as modalidades da tutela provisória. Por conseguinte, nota-se que a tutela provisória de urgência cautelar objetiva a proteção do processo, já a tutela provisória de urgência antecipada tem como intento “a antecipação dos efeitos do resultado.”³⁶ Nessa direção, o ensinamento de Bueno³⁷ traz a definição de tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada com o seguinte comentário: a tutela provisória cautelar deve ser compreendida como uma técnica que busca assegurar o resultado útil ao processo. Em outro sentido, a tutela provisória antecipada é responsável pela técnica que intenta satisfazer, desde logo, a pretensão obtemperada pelo autor da demanda.

É importante destacar que as tutelas provisórias de urgência, seja antecipada, seja cautelar, podem ser concedidas de forma antecedente ou de forma incidental. Essa possibilidade constitui a redação do art. 294 do NCPC/2015, que assim obtempera, *in verbis*: art. 294. “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela

provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”³⁸

Crivado na mesma entonação, a tutela provisória de urgência antecedente (cautelar ou antecipada) é utilizada quando ainda não há processo principal. No mesmo trilho, a tutela provisória de urgência incidental é constituída por meio de uma mera petição protocolada nos autos do processo já em curso, denominado de processo principal (cautelar ou antecipada).

Como consequência da abordagem da tutela de urgência que o NCPC/2015³⁹ trata como similares em termos procedimentais (a tutela cautelar e a tutela antecipada), não há dúvida de que a natureza jurídica das sobreditas espécies de tutela de urgência, conforme lições de Neves⁴⁰, não podem ser modificadas pela vontade do legislador.

Nessa quadra de ideias, a distinção dos institutos, embora considerados similares em determinada rubrica, permanece inalterada a diferença entre a tutela cautelar como garantidora do resultado útil e eficaz do processo e a tutela antecipada representando como desiderato fundamental à satisfativa do direito da parte no plano fático.

Não sendo novidade sufragar que a tutela antecipada e a tutela cautelar, embora com nova nomenclatura e requisitos modificados, se comparados com o texto da lei precedente de 1973, é inequívoco que a abrangência e a finalidade delas continuam inalteradas.

4 A TUTELA ANTECIPADA E A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

A proposta deste artigo visou a uma análise da tutela provisória de urgência antecipada na visão da teoria neoinstitucionalista do processo por entender que é relevante o instituto em questão, por esse carecer de um olhar para além dos muros das doutrinas institucionais processuais as quais instituíram tal procedimento. Além disso, a escolha de tal teoria justifica-se porque o instituto da tutela necessita de uma visão mais crítica devido a sua incompatibilidade com os princípios que se vinculam ao Estado Democrático de Direito.

A constatação de que a tutela antecipada não compatibiliza com os princípios dignos de um Estado Democrático de Direito está demonstrada no desrespeito aos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Nesses termos, por não se vincular a tais desideratos, faz-se mister adequar a tutela com o modelo contemporâneo de Estado, e, para tanto, cabe aqui uma dose de criticidade, com o auxílio da teoria neoinstitucionalista do professor e doutrinador Rosemiro Pereira Leal, que traz uma abordagem diversa do sistema processual dominante, encantador instrumentalista, no qual foi gestada a tutela de outrora, denominada atualmente de tutela provisória.

Em virtude desse procedimento padrão, o sistema jurídico brasileiro, no quesito tutela antecipada, não coaduna com o Estado Democrático de Direito, já que não confere às partes

total igualdade na relação processual. Isso porque, de acordo com Mattos,⁴¹ o formalismo moderno ocidental preconizado para a aplicação das normas jurídicas contempla um formalismo conjugando um caráter genérico e abstrato para aplicação no caso concreto, sendo distante do mundo ético e político materialmente consubstanciado.

A teoria neoinstitucionalista, de acordo com Leal,⁴² questiona esses aspectos existentes no sistema processual brasileiro dotado de um Direito normatizado e dogmático, distante do caráter contínuo e problematizante implícito no conhecimento jurídico. Dentro desse contexto e em nome de uma celeridade ao procedimento, no caso da tutela antecipada, o rito procedimental acaba por, em virtude da demanda, radicalmente beneficiar o autor, que sempre terá razão, e prejudicar o réu, que nunca tem razão, contrariando o devido processo legal.

Para uma melhor definição da teoria neoinstitucionalista do processo, diz Leal⁴³ que se trata de uma “Teoria da processualização testificante da validade normativo-democrática, porque propõe e atua um pensar jurídico na racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito”.

Em comentário ao conceito acima, Veloso⁴⁴ acrescenta que, nos moldes apontado por Leal, “[...] o processo é um modelo construído com base na constituição e com ampla participação da comunidade jurídica na construção do provimento”.⁴⁵

Nesse sentido, esclarece Leal⁴⁶ que a teoria neoinstitucionalista do processo “não é uma ordem de pensamento acabado. Erige-se de um apelo crítico-participativo das partes juridicamente legitimadas à instauração de procedimentos em todos os domínios da jurisdição”.

Além disso, ainda acrescenta o doutrinador que a marca distintiva da teoria neoinstitucionalista do processo em relação à teoria constitucionalista é a proposta de uma teoria oriunda de “um espaço processualizado” e, portanto, uma teoria comprometida “com a teorização do Direito Democrático, tornando-se impraticável num regime jurídico que esteja ainda identificado com os velhos conceitos de Estado de Direito ou Estado Social de Direito”.⁴⁷

Diante da pluralidade de perspectivas doutrinárias que se divergem no campo do Direito Processual no qual se insere a tutela, podem ser identificados alguns posicionamentos que divergem da teoria neoinstitucionalista, que será bem detalhada adiante.

Ao que se percebe, a tutela antecipada como técnica processual foi criada com o fito de antecipação da proteção da legislação como quebra do paradigma do reconhecimento do direito material somente após decisão exauriente ou para a satisfação do direito como demonstra o art. 273, I ou II, do CPC/1973⁴⁸ (os requisitos para a concessão da tutela antecipada ora revogados).

Conforme estabelece a legislação, a concessão da tutela antecipada é proferida (*in limine litis*), o que significa que esse instituto possui caráter liminar, ou seja, ocorre no início do

processo. Não se pode esquecer de que o objetivo de tal pretensão é a satisfação do direito por meio da precipitação do tempo. Dessa forma, o julgamento antecipado de um problema ou de uma lide se dá “de forma a se alcançar a efetividade do processo de maneira mais rápida e completa possível”.⁴⁹

Como se observa da doutrina sobre a tutela antecipada, esse instrumento de urgência emerge como prestação jurisdicional com traços de procedimento que procura, em detrimento da morosidade da justiça, solucionar os conflitos de modo a abreviar o tempo, a dar efetividade ao processo com o discurso do contraditório postergado.

Diante desse fenômeno, Feres⁵⁰ ao discorrer sobre o assunto da tutela, entende que, caso esta se encontre em meio à “demora do processo, motivada não apenas pelo sistema legal implantado, que inclui sistema de recursos morosos, mais por fatores de toda ordem, inclusive pelo excesso de causas distribuídas, causa prejuízo às partes, desacreditando a justiça e sua finalidade de solucionar conflitos”.

No mesmo sentido, Bueno⁵¹ é adepto de uma tutela antecipada como mesmo diz “sempre adorei, mesmo antes de ela ‘existir’ no CPC [de 1973], pelo menos de forma expressa [...], sempre me fascinaram as enormes dificuldades de sua interpretação sistemática”.

Na visão de Bueno,⁵² a tutela antecipada é uma forma de simplificar muito as ações dentro do Processo Civil brasileiro, que recebeu o credenciamento para que o procedimento em uma lide passasse a “começar do fim para o começo (da satisfação de seus resultados para a confirmação desses mesmos resultados)”.

Nesses termos, com a tutela antecipada, vislumbra-se o legislador promover, por meio da celeridade e da efetividade do processo, o direito material em uma satisfação do direito em tempo recorde.

Com essa compreensão, fica evidente que, pelas normas que regem a tutela, esse meio processual surge com o intuito de beneficiar o autor na suposição de um direito que mostre provável, razão que justificaria a manifestação deste em obter a medida.⁵³

Oportuno, nesse ínterim, trazer o escólio de Medina⁵⁴, que assim destaca sobre o tempo do processo que representa uma fisiologia processual e fonte de dano para o autor que tem razão no pleito. Pensar divorciado dessa premissa é patrocinar o custo das delongas processuais como de responsabilidade aduzida ao autor.

Na mesma direção de Lopes,⁵⁵ é o entendimento de Alvim,⁵⁶ que levanta a tese da bilateralidade das audiências (*audia tur et altera pars*) para que se dê possibilidade de oitiva do réu.

A pesquisa aponta que, com a concessão da liminar, certos paradoxos que ensejam conflitos de direitos fundamentais. Isso devido às regras (de um Estado autoritário) impostas para tal benefício tutelar. Como destaca Bueno,⁵⁷ “a tutela antecipada é instituto que, por definição, prestigia muito mais o autor do que o réu”.

Com esse norte e com o conhecimento das questões preconizadas, é que a doutrina vem entendendo e justificando a existência de tutelas de urgência. Conforme Feres,⁵⁸ as diretrizes e normas estabelecidas pelo legislador “devem ser fielmente observadas, de forma a garantir o princípio da segurança jurídica”.

Em nome dessa segurança jurídica, a técnica processual da tutela antecipada:

[...] tende muito mais à realização concreta do princípio da efetividade da jurisdição do que do princípio do contraditório ou do devido processo legal, quando analisados, parcialmente, como garantia para o réu, única e exclusivamente. Dito de forma bem simples, a tutela antecipada é instituto que [...] depois de séculos de tradição de um processo que, em nome [...] da segurança jurídica que ele representa, prestigiou muito mais [...] o autor.⁵⁹

Com essa concepção de que, na tutela, predomina o princípio da efetividade da jurisdição, é que se volta única e preponderantemente para o autor, possibilitando evidenciar o aspecto instrumental do direito processual, que acaba sufocando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, além do devido processo constitucional.

Por hora, resta acrescentar a esse cômputo pesquisacional sobre tutela antecipada que a teoria neoinstitucionalista do processo defende a ideia de que o Direito deveria ser construído em uma participação popular, consubstanciando no debate efetivado pelos próprios destinatários da norma, estabelecendo-se uma criação e aplicação sempre de forma participativa.⁶⁰

Em uma mesma linha de raciocínio, Veloso,⁶¹ ao analisar a teoria neoinstitucionalista do processo, enfatiza o aspecto da participação do povo no processo jurídico defendido por tal perspectiva teórica. Conforme a autora sobredita, o que a teoria neoinstitucionalista do processo visa é uma “sociedade jurídico-político-democrática em que o direito possa ser garantido por meio de relações dialógicas de liberdade e igualdade do homem perante o Estado”.⁶²

Ainda de acordo com Veloso,⁶³ a teoria crítica em comento, que tem como enfoque os contornos e a decisão democrática:

Consiste em uma proposição que possibilita compreender de que maneira ocorre a transposição do princípio do discurso em princípio da democracia, suprimindo a lacuna deixada por Habermas em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Além disso, Leal, por meio da sua teoria neoinstitucionalista, objetiva construir um referente lógico-jurídico capaz de submeter a testes as teorias que se intitulam de democráticas.

Como aponta a teoria neoinstitucionalista do processo elaborada por Leal,⁶⁴ é preciso que os provimentos que se referem às decisões, às leis e às sentenças decorrentes tenham como resultado o diálogo processual em sintonia com a comunidade jurídica constitucionalizada em todas as fases de criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos e que

jamais seja efetivada por meio de poderes autoritários dos órgãos dirigentes, legiferantes e jurídicos seja do Estado ou da comunidade.

Para Leal,⁶⁵ o Direito deve ser exercido na sua plenitude constitucional, o que exige uma participação crítica das partes juridicamente legitimadas. Desse modo, de acordo com o autor, não é possível alcançar uma cidadania plena somente quando houver o nivelamento de todos no procedimento. Assim, na lide, os conflitantes devem se valer dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Referente à tutela antecipada, o professor Leal⁶⁶ admite que tal procedimento, quando não observados os aspectos de constitucionalidade democrática, corresponde ao maior e velho amigo da ditadura no Direito processual brasileiro.

Nunca é demais destacar que a tutela antecipada, ao satisfazer o direito material sem o devido contraditório, relativiza o devido processo legal com o fetiche do ônus do tempo. Essa realidade faz o personagem (ônus do tempo) ser o subterfúgio responsável para colmatar o princípio da igualdade pensada não em sentido de postergação do contraditório, mas sim completamente desvinculado ao direito ao contraditório analisado sob a temática da reciprocidade.

Em virtude dessa desigualdade de condições procedimentais, a lei processual é assediada pela praticidade instrumental. Para Leal,⁶⁷ autor e réu não estão aglutinados em uma igualdade defensiva, provocando uma polissemia incontornável na teorização do Direito processual brasileiro. Essa situação lacônica da lei é causa de grande perplexidade nos processualistas que são avessos ao praxismo judiciário.

Seguindo a linha de raciocínio da teoria da decisão jurídica de Leal,⁶⁸ o presente trabalho reafirma o seu compromisso em defesa da criação da audiência de justificação prévia obrigatória para a oitiva do réu. Com esse propósito, mediante a abertura do contraditório, é que, segundo Leal,⁶⁹ legitima-se a antecipação de tutela a partir do momento em que são atendidos os direitos fundamentais do processo.

Com essas questões, diz Leal⁷⁰ que é necessário questionar os pressupostos da justiça que se quer rápida para assegurar a efetividade. Nesse sentido, o Autor susodito reforça que:

Seria, portanto, absurdo imaginar que a solução de conflitos, no Estado Democrático, pudesse ser obtida com postergação (renúncia) de direito fundamental, a pretexto de realização da justiça pelo juiz talentoso. Se o acordo é obtido com aviltamento (desbalanceamento procedimental) de uma das partes, quebra-se o princípio da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, por induzir-se ao acordo ou a desestimulá-lo ao debate em face dos custos de um advogado, quando impossível um defensor público, ou pela morosidade das demandas. A conciliação das partes, nessas circunstâncias, equivale a coonestações explícitas com a omissão do Estado em prestar atividade de jurisdição gratuita pelo Processo a serviço da cidadania (art. 5º, LXXVII CF/1988).⁷¹

Uma das críticas de Leal⁷² em relação às tutelas de urgência é que há uma exaltação no que se refere à presteza dos institutos. De acordo com o Jurista, os procedimentos liminares são vistos como sendo atos mágicos que imersos na ambulância do Judiciário são capazes de socorrer de modo incondicional os direitos ameaçados ou lesionados.

Além disso, Leal⁷³ observa também que, ao decidir pela tutela, o ato implica violação do instituto da ampla defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, CF/1998.⁷⁴

Como disposto no artigo citado, a Constituição brasileira de 1988, norma máxima, assegura o contraditório e a ampla defesa, porém, como perfeitamente notado pela leitura de outrora, esses direitos não são observados, o que vai de encontro à lei supraconstitucional.

4.1 O CONTRADITÓRIO, A ISONOMIA E A AMPLA DEFESA NA DEMOCRATIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contemplou, em seu artigo 5º, inciso, LIV,⁷⁵ o devido processo legal, que deve ser o leito por onde deveriam caminhar todos os jurisdicionados em prol de uma justiça em que haja a garantia também do contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Sem a observância dos princípios (contraditório, isonomia e ampla defesa) que são imprescindíveis para a realização do processo, não existe a possibilidade de se falar em Estado Democrático de Direito, mas em simples Estado poderoso, autoritário e que impõe a sua vontade.

Ao que se percebe, a tutela antecipada, não incluindo a oitiva do réu no seu procedimento incipiente, por meio da audiência de justificação prévia, cria um vácuo no contraditório, que compromete os princípios salutares sobre os quais discorre Dallari,⁷⁶ uma vez que prejudica sobremaneira o próprio direito, qual seja, o direito de defesa, e prejudica o poder de influência, que é um atributo das partes.

Nesse quadro de circunstâncias, Leal⁷⁷ lembra que não há o que se falar em tutela antecipada legítima se não forem atendidos os direitos fundamentais do processo. Assim, o autor entende que nem sempre uma justiça rápida (como é o caso da tutela antecipada) é sinônimo de uma justiça justa.

Em consonância com Leal,⁷⁸ Tucci⁷⁹ destaca que a urgência enfraquece o contraditório. Isso porque propicia o estímulo das liminares cujo risco é o estímulo à tutela de urgência como uma justiça simplesmente.

Assim, o acesso à jurisdição, garantem Cruz e Tucci,⁸⁰ deve-se iniciar não com a decisão, e sim com uma abertura a um tratamento igualitário perspectivado para os sujeitos do processo, como forma de oportunidades recíprocas entre os participantes. A igualdade destacada é condizente com a isonomia das partes seja em seus direitos, seja em relação à produção de provas, todas essas possibilidades ligadas ao mesmo tratamento para os litigantes.

Na obra “Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas”, Galuppo⁸¹ discute sobre o princípio jurídico da igualdade e assim responde o que representa esse princípio para o Estado Democrático de Direito. Na perspectiva de Galuppo,⁸² a resposta a essa questão não é simples, pois envolve certas variáveis, por exemplo, a variável escolha.

A crítica de Leal reside no fato de que fica difícil falar de princípio da igualdade ou do contraditório em um país como o Brasil, que tem um modelo de processo civil portador de uma linguagem ultrapassada ou, nas palavras do autor, “envelhecida e bolorenta”, cuja versão é ortodoxa. Não obstante, exprime o jurista que, embora a Escola Processual Paulista fundada por Liebman desde o início, quando veio para o Brasil, seja calcada em bases Chiovendiana, Carneluttiana, outro paradigma ou modelo de ciência processual vem se despontando com novas conquistas ou perspectivas teóricas (como a teoria neoinstitucionalista do processo adotada nesse artigo) “em bases democráticas nacionais, supranacionais e mundiais do direito pós-moderno”.⁸³

Quanto ao princípio da igualdade ou da isonomia, Leal⁸⁴ é enfático ao dizer que se refere ao direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas, e, além disso, trata-se de elemento indispensável do procedimento em contraditório (processo).

Na análise do autor, “a liberdade de contradizer no Processo equivale à **igualdade temporal** de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental”.⁸⁵

Diante dessa contextualização, é importante perceber que o NCPC/2015⁸⁶ embora tenha uma produção legiferante mais moderna e arquitetada para o respeito ao contraditório. Nota-se a firme ligação com o passado estabulado pelo modelo do Código de 1973.⁸⁷ Essa percepção é constatada pelo artigo 9º, com a seguinte redação: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja Previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III”.⁸⁸

Diante do sobredito, não muito afastado da colocação tomada por mote, nota-se que o princípio da cooperação é totalmente desrespeitado, ratificando que o NCPC/2015,⁸⁹ embora buscando um Direito mais efetivo, contraria o pilar do processo que é diretamente ligado ao princípio do contraditório.

Cabe destacar que o Estado Democrático de Direito não se trata de algo pronto e acabado. Cumpre observar que o conceito não é estático, mas dinâmico, por isso, como a democracia é um complexo em construção em constante aperfeiçoamento, torna-se válido dizer, como afirma Madeira et al.,⁹⁰ que o processo é o garantidor e o aplicador do sentido e da justificação de um Direito democrático, com elementos jurídico-existenciais e princípios institutivos estabelecidos pelo contraditório, isonomia e ampla defesa.

Acrescenta-se à lição que o direito de ter o dever de ser fundado tão somente no prin-

cípio democrático. Desse modo, o decidir não seria mais compreendido como um mecanismo liberal majoritário ou a partir de uma “pretensa vontade geral” do Estado. Dito isso, defende-se que o processo deve ser institucionalizado por “normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.”⁹¹

No entendimento de Almeida,⁹² há um liame entre o Estado de Direito Democrático com o Estado de Direito. Tal ligação está relacionada ao princípio da reserva legal. Todavia, explica a autora que, além dessa característica de conexão, há algo que vai além dos

[...] limites do Estado de Direito com um *plus* democrático, que significa garantia de participação efetiva dos destinatários estatais na sua criação aplicação e fiscalização por meio (*medium* linguístico-jurídico) da processualidade jurídica (isonomia, contraditório e ampla defesa).⁹³

Em consonância com a processualidade jurídica de Almeida,⁹⁴ Leal⁹⁵ acrescenta que a isonomia, o contraditório e a ampla defesa estão no plano dos direitos de primeira geração. Ainda no escólio de Leal, em Direito Processual, não é inaplicável a regra da equidade no sentido lockeano, que significa “tratar iguais igualmente e desiguais desigualmente, porque o *processo* na Teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes, para estabelecer os critérios de formação de *vontade*”.⁹⁶

Para Tucci,⁹⁷ a igualdade está intimamente vinculada ao devido processo legal, ao contraditório, à imparcialidade. A correlação do autor entre tratamento paritário e devido processo legal significa, no seu entendimento, que o processo é o reflexo dos objetivos do Estado, não sendo possível às partes ao bel-prazer de interesses e condutas ora em litígio. Ademais, entre os sujeitos do processo, devem ser conferidas igualdades de oportunidades como garantia de uma tutela adequada. Nesse sentido, deve o juiz sopesar as consequências de eventuais medidas relacionadas à parte contrária.

Registre-se que, conforme define Almeida, citado por Tucci,⁹⁸ o conceito de contraditório é a expressão da ciência bilateral dos atos e dos termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.

Para Leal,⁹⁹ o contraditório é um princípio que se refere ao processo constitucionalizado, e, portanto, traduz-se em direito das partes ao acesso dialógico necessário à defesa e à disputa dos direitos em litígio, podendo, inclusive, exercer a liberdade de nada dizerem, mesmo tendo o direito-garantia de poder efetivamente manifestar.

Conclui o jurista neoinstitucionalista que, se ausente o princípio do contraditório, o processo “perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora das liberdades das partes”.¹⁰⁰

Com esse enfoque, discorre Tucci¹⁰¹ que é absolutamente incompatível com a isonomia e com os princípios da tutela jurisdicional um tratamento unilateral no processo, e, por isso,

ao réu deve ser dado o direito de pedir denegação da tutela jurisdicional pedido pelo autor uma vez que não se conforma com o direito objetivo.

Em resumo, Tucci¹⁰² entende que a igualdade e o contraditório representam genuinamente os pilares da democracia, “na qual o moderno direito processual está completamente inserido.”

O princípio da igualdade processual, de acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco,¹⁰³ brota do princípio da igualdade perante a lei, prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁰⁴

Além do art. 5º da CF/88,¹⁰⁵ podem-se encontrar outros dispositivos no Código que elegem o princípio da igualdade, a exemplo do art. 139, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015,¹⁰⁶ que assim propugna a competência do juiz para “assegurar às partes a igualdade de tratamento.”

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco,¹⁰⁷ o processo civil é constituído por normas e mecanismos que possibilitam às partes litigarem com paridade de armas, cujo intento é estabelecer que nenhuma das partes tenha condições, seja de superioridade, seja inferioridade em face do outra.

No que se refere ao contraditório, Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰⁸ defendem o princípio da audiência bilateral que, no sentido romano, se representa no brocardo *audiatur et altera pars*.

Em um processo dialético, representam as partes – tese (autor), réu (antítese) e Juiz (síntese). Nesse sentido, ressalta Mitidiero¹⁰⁹ que o processo pressupõe uma complexidade pautada na argumentação, em que a cooperação é o liame entre o caráter apodítico eclipsado pela construção dialógica.

Assim, a dialética torna-se indispensável à concretização do Estado Democrático de Direito, ao possibilitar o contraditório, que, por sua vez, “é responsável pela garantia da ampla defesa”.¹¹⁰

A ampla defesa é outro princípio a ser observado quando estão em discussão a antecipação de tutela e a teoria neoinstitucionalista do processo. Desse modo, para a teoria neoinstitucionalista do processo, o princípio da ampla defesa “é coextenso aos princípios do contraditório e da isonomia, porque a amplitude de defesa se faz nos **limites temporais** do procedimento em contraditório”.¹¹¹ O jurista explica que a amplitude da defesa não quer dizer infinitude de produção de defesa a qualquer tempo, mas o direito de manifestar no processo em tempo adequado.

Nesse sentido, o significado de ampla defesa, na visão do autor, diz respeito a algo que não pode ser comprimida ou estreitada pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente.¹¹²

Diz ainda o autor que o princípio da ampla defesa ou o seu curso normal do tempo não podem ser sacrificados, a pretexto da celeridade processual ou efetividade do processo.¹¹³ Há

de ser observado, nesse contexto, que a tutela antecipada sem a concessão da ampla defesa acaba por suprimir o direito da outra parte, uma vez que a decisão, nesse procedimento antecipatório sumário, é rápida, não aprofundada, o que não dá chances ao demandado de se defender em tempo e modo suficientes para demonstrar o seu direito como forma de influenciar na decisão.

A pesquisa aponta que a tutela antecipada vai de encontro ao que está previsto na Constituição Federativa do Brasil de 1998, lei maior que rege o País. O texto constitucional previu os princípios do contraditório e da ampla defesa no mesmo artigo (art. 5º, inciso LV), o qual determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹¹⁴

Para a teoria neoinstitucionalista do processo, a ampla defesa inscrita no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve possibilitar uma “concepção expansiva da negação ou afirmação de constitucionalidade dos atos e conteúdos jurídicos das pretensões e de sua procedimentalidade formal [...]”.¹¹⁵

Acrescenta-se, ainda, que a ampla defesa está inserida em uma perspectiva mais abrangente que, de acordo com Marinoni¹¹⁶ “é a do devido processo legal.” Conforme o autor em referência,¹¹⁷ a ampla defesa deve ser sempre pensada em contraponto com o direito à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional que são os corolários do direito de ação expressamente garantido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹¹⁸

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, objetivou-se, de modo geral, analisar se a tutela antecipada vai ao encontro do Estado Democrático de Direito a partir da sua adequação aos princípios constitucionais do devido processo legal, ou seja, do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Diante dessa circunstância, nota-se que esse instituto não está em consonância com a abertura de um espaço discursivo processualizado, uma vez que não inclui a participação do réu no processo em sua fase inicial.

O estudo constatou que a TPUA não se ajusta aos princípios do Estado Democrático de Direito, visto que há uma supressão das garantias processuais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa em prol de uma das partes sob o fundamento prematuro da probabilidade do direito aliado ao perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Ao que se percebe, a tutela provisória de urgência antecipada pensada na perspectiva da probabilidade do direito contraria os princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, cria uma anomalia ao devido processo legal. Não sendo demais

destacar que esses elementos são essenciais para que seja garantido um Direito democrático, em que haja a participação de todos os demandantes nos ritos procedimentais, principalmente na fase inicial do processo, como mecanismo de contribuir de forma democrática na decisão a ser efetivada em respeito ao poder de influência dos litigantes atrelado ao princípio da cooperação consubstanciado no NCPC de 2015.

Tomando como pressuposto a teoria neoinstitucionalista do processo do professor Rosemiro Pereira Leal, foi possível averiguar que, uma vez instituída, dentro do arcabouço jurídico brasileiro, a instrumentalidade do processo, os aspectos normativos que regem a tutela provisória de urgência antecipada não estão adequados a um contexto da pós-modernidade. Os resultados da pesquisa permitiram responder que o campo do Direito é facilmente passível de questionamentos das suas verdades absolutas, sobretudo quando não há, como se observou, o contraditório que, segundo Tucci,¹¹⁹ indica “precisamente no direito de participação no processo, mediante a utilização de todas as armas legítimas e disponíveis destinadas a convencer o julgador a outorgar um julgamento favorável a quem tem um direito”.

Assim, necessária, pois, a inclusão da participação das partes como forma de validar o Estado da pós-modernidade, não somente de Direito, mas do Estado Democrático de Direito.

De acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo, o espaço processual deve dar garantia ao debate entre as partes, na medida em que deve possibilitar aquilo que já previa os romanos no brocardo *auditur auter pars*. Essa perspectiva retira a figura do juiz Hércules, que, com seus poderes, decide não dar ao réu espaço à discursividade. Desse modo, ao réu deve ser dado o direito de participar de todas as fases do processo, de modo a ter uma ampla defesa que o permita estar em paridade de armas com a parte adversa.

Considera-se, nesse estudo, que a tutela provisória de urgência antecipada deverá ser apreciada mediante a participação do réu, sendo-lhe permitida uma audiência de justificação prévia obrigatória. Por isso é que se defende a necessidade da audiência de justificação prévia obrigatória como forma de o réu poder manifestar no processo, sob pena de uma decisão solipsista e desconectada com a dialogicidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. Revogado pela Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponí-

vel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 91, de 2016. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do código de processo civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. São Paulo: LTR, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado de democrático de a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 98.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADEIRA, Dhenis Cruz et al. Processo, jurisdição e ação em James Goldschmidt. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual**. Porto Alegre: Síntese, 2005. v. 6.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre direito e política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos atuais da tutela antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MÓL, Ana Lucia Ribeiro. **Antecipação de tutela: sem a prévia oitiva do réu no estado democrático de direito**. Montes Claros: Unimontes, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Bahia: Jus Podivm, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito e psicanálise: a subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos. In: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VELOSO, Cynara Silde Mesquita Veloso. Súmulas vinculantes no Estado democrático de direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, v. 35, n. 80, p. 41-52, jan./jun. 2005.

VELOSO, Cynara Silde Mesquita. **Súmulas vinculantes como entraves ideológicos ao processo jurídico de enunciação de uma sociedade democrática**. 2008. 389 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009.

- 1 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- 2 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 3 Afinal, a liminar da ação possessória, mantida no Novo Código de Processo Civil, continua a ser espécie de tutela de evidência, bem como a concessão do mandado monitório e da liminar nos embargos de terceiros, e nenhuma delas está prevista no art. 311 do Novo CPC. A única conclusão possível é que o rol de tal dispositivo legal é exemplificativo. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 484-485).
- 4 BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- 5 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. São Paulo: LTR, 2000. p. 23.
- 6 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 7 LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.
- 8 Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 9 BRASIL. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. Revogado pela Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 10 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- 11 BRASIL. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. Revogado pela Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 12 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 13 MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos atuais da tutela antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010.
- 14 Ibidem, p. 36.
- 15 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 158.
- 16 MÓL, Ana Lucia Ribeiro. **Antecipação de tutela: sem a prévia oitiva do réu no estado democrático de direito**. Montes Claros: Unimontes, 2012.
- 17 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. São Paulo: LTR, 2000.
- 18 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- 19 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- 21 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 22 BRASIL. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. Revogado pela Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 23 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>.

- Acesso em: 19 jan. 2017.
- 24 BRASIL. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. Revogado pela Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 25 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- 26 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 27 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- 28 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 411.
- 29 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 30 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 413, acréscimo nosso.
- 31 NEVES, loc. cit.
- 32 BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 33 Ibidem.
- 34 Ibidem.
- 35 BRASIL. Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do código de processo civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 26 jan. 2017.
- 36 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 480.
- 37 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- 38 Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 39 Ibidem.
- 40 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Bahia: Jus Podivm, 2016.
- 41 MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre direito e política**. Porto alegre: Sergio Antonio fabris, 2002.
- 42 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- 43 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 98.
- 44 VELOSO, Cynara Silde Mesuita Veloso. Súmulas vinculantes no Estado democrático de direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, v. 35, n. 80, p. 41-52, jan./jun. 2005.
- 45 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 96.
- 46 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 96.
- 47 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 97-98.
- 48 BRASIL. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. Revogado pela Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 49 FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.
- 50 FERES, loc. cit.
- 51 BUENO, 2004, op. cit., p. 13, acréscimo nosso.
- 52 Ibidem.
- 53 LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 54 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas**

- ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- 5 LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 56 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 57 BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.
- 58 FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19.
- 59 BUENO, loc. cit.
- 60 MÓL, Ana Lucia Ribeiro. **Antecipação de tutela: sem a prévia oitiva do réu no estado democrático de direito**. Montes Claros: Unimontes, 2012.
- 61 VELOSO, Cynara Silde Mesquita. **Súmulas vinculantes como entraves ideológicos ao processo jurídico de enunciação de uma sociedade democrática**. 2008. 389 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.
- 62 Ibidem, p. 321-322.
- 63 Ibidem, p. 159.
- 64 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- 65 Ibidem.
- 66 Ibidem.
- 67 Ibidem.
- 68 Ibidem.
- 69 Ibidem.
- 70 Ibidem.
- 71 Ibidem, p. 159.
- 72 Ibidem.
- 73 Ibidem.
- 74 BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 91, de 2016. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- 75 Ibidem.
- 76 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- 77 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- 78 Ibidem.
- 79 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 80 Ibidem.
- 81 GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado de democrático de a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- 82 Ibidem.
- 83 LEAL, 2014, op. cit., p. 97.
- 84 Ibidem.
- 85 Ibidem, p. 99. (grifo do autor).
- 86 BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 87 BRASIL. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. Revogado pela Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 88 BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 89 Ibidem.
- 90 MADEIRA, Dhenis Cruz et al. Processo, jurisdição e ação em James Goldschmidt. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual**. Porto Alegre: Síntese, 2005. v. 6.
- 91 Ibidem, p. 74.

- 92 ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- 93 Ibidem, p. 123-123.
- 94 Ibidem.
- 95 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- 96 Ibidem, p. 75.
- 97 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 98 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.
- 99 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- 100 Ibidem, p. 99
- 101 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 102 Ibidem. p. 108.
- 103 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- 104 BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 91, de 2016. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- 105 Ibidem.
- 106 BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- 107 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- 108 Ibidem.
- 109 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- 110 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito e psicanálise: a subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos. In: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. p. 16.
- 111 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 10. (grifo do autor).
- 112 Ibidem.
- 113 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- 114 BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 91, de 2016. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- 115 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 171.
- 116 MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.
- 117 Ibidem.
- 118 BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 91, de 2016. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- 119 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102-103.

(IN) COMPATIBILITY OF URGENT PROVISIONAL RELIEF IN THE 2015 CPC WITH THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT

The objective of this article was to analyze the institute of urgent provisional relief in the new Brazilian Code of Civil Procedure (NCPC), of 2015, focusing on the neoinstitutionalist theory of the process. From this theoretical matrix, one wonders: is the urgent provisional relief, as established in the NCPC, in consonance with the democratic State of law? In order to answer such question, the methodological path of the research is qualitative and its objectives are to be exploratory. Regarding the technical procedures adopted in the analysis, the research is bibliographical and documentary, since a theoretical reference will be used through doctrine and the relevant legislation. The results of the investigation led us to consider that, although the relevant institute is important, there is an incongruity regarding equal access to justice, from the perspective of the litigants. Thus, one can perceive the impossibility of exercising the principles of adversary system and full defense for the respondents, in consonance with the principle of equality, understood on the basis of reciprocity. This restriction refers to the impossibility of the respondent's participation in the preliminary stage of the proceedings, since when the provisional relief is granted in advance, according to the current model, the respondent is subject to a decision without having previously participated in the procedural debate and contributed to the result of the decision, thus disrespecting the principle of cooperation and the adversarial system, aligned with the power of influence pertaining to the rights of the parties. Therefore, the study also considered that way in which urgent provisional relief is standardized, although an alternative to "the plaintiff who is right" – in the words of Marinoni, it is not reasonable, within the perspective of due process of law. In view of this, it can be concluded that the proceedings for urgent provisional relief must be improved and, as such, include a mandatory prior hearing for justification in the initial phase of the process, in which the principles of the adversarial system, full defense and isonomy will be respected.

Keywords: Urgent provisional relief. Neoinstitutionalist theory of the process. Adversary system. Isonomy. Full defense.

Submetido: 9 fev. 2017

Aprovado: 6 jun. 2017

AUTOCONTENÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ESTRATÉGICAS ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS DO ESTADO

*Juliana de Brito Pontes**

*José Mário Wanderley Gomes Neto***

*João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira****

1 Introdução. 2 O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. 3 A autocontenção no Judiciário brasileiro. 4 Metodologia utilizada. 5 Avaliação dos resultados - análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado: Executivo vs. Judiciário. 6 Conclusões. Referências.

RESUMO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é um instrumento processual-constitucional tipicamente brasileiro, capaz de impedir atos de ameaça ou violação a preceito fundamental, decorrentes do Poder Público. O contexto marcante da judicialização da política na jurisdição constitucional brasileira evidencia o reduzido número de arguições de descumprimento julgadas. Pretende-se traçar o perfil empírico do funcionamento do controle de constitucionalidade por meio das ADPFs, bem como analisar a ocorrência da autocontenção judicial e o comportamento dos magistrados ao proferirem decisões referentes às ADPFs. Para tanto, houve avaliação quantitativa do total das arguições catalogadas e análise qualitativa das arguições julgadas e não julgadas a partir do estudo de casos abrangendo as ADPFs propostas, sendo distribuídas conforme variáveis e analisada a distribuição de frequências por meio da elaboração de gráficos. Buscou-se compreender a seletividade no julgamento das ADPFs realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF),

* Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) na qualidade de Bolsista da CAPES. Mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2013), na qualidade de bolsista da CAPES. E-mail: <julianabgp@gmail.com>.

** Advogado, Cientista Político, Professor e Pesquisador do PRAETOR - Grupo de estudos sobre Poder Judiciário, Política e Sociedade (UFPE). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2000), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003) e doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (2015). Professor da Universidade Católica de Pernambuco. E-mail: <jmariow@hotmail.com>.

*** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999). Mestre em Teorías Críticas Del Derecho pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995). Professor Adjunto na Universidade Federal de Pernambuco. Professor na Universidade Católica de Pernambuco e Professor nas Faculdades Integradas Barros Melo. E-mail: <jpallain@hotmail.com>.

especificando os elementos que motivaram o efetivo processo decisório e os fatores que permitem a prática de autocontenção pela Suprema Corte brasileira. Verificou-se o conflito entre os Poderes Executivo e Judiciário: grande parte das arguições propostas tem como maior violador o próprio Poder Judiciário, porém, quando este profere decisões de mérito nas ADPFs, julga em maioria as ações que tiveram como violador o Poder Executivo, impedindo que as ações contra o Judiciário tenham continuidade, e este seja reconhecido como maior violador dos direitos e garantias fundamentais. Espera-se, com a realização desta pesquisa, contribuir para a compreensão das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado.

Palavras-chave: Autocontenção judicial. Poderes do Estado. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Seletividade.

1 INTRODUÇÃO

As modificações ocorridas nas ordens constitucionais no período pós Segunda Guerra Mundial (1939-1945) tornaram possível a valorização do Judiciário como poder estatal capaz de solucionar muitos dos conflitos presentes no âmbito social, político, jurídico. A jurisdição constitucional, compreendida como função do Estado cuja finalidade é concretizar os mandamentos inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)¹, possibilitou que as estruturas normativas abstratas normatizassem a realidade fática.

A jurisdição constitucional teve por fim a afirmação da supralegalidade ao estabelecer as normas infraconstitucionais que deveriam estar vinculadas aos parâmetros estabelecidos pela CRFB/88, tornando possível a prática do controle de constitucionalidade das normas. O termo “jurisdição constitucional”, em sua versão contemporânea, está fundamentado na necessidade do estabelecimento de uma instância mediadora, neutra e imparcial para a solução dos conflitos em âmbito constitucional.²

Simultaneamente ao desenvolvimento da jurisdição constitucional e à valorização das atividades do Judiciário, os demais poderes públicos tiveram sua capacidade de solução de conflitos reduzida em virtude do aumento da complexidade social e necessidade de um quantitativo maior de normas efetivamente capazes de solucionar os conflitos oriundos dessa sociedade pluralista que surgia. Desse modo, o Judiciário passou a ser considerado pela sociedade como o guardião das garantias e direitos fundamentais e principal poder ao qual poderia recorrer para a solução dos conflitos e satisfação das reivindicações dos grupos de interesses.

Como resultado das modificações nos ordenamentos jurídicos, tornou-se possível a realização do controle de constitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário; antes tal atividade era restrita aos Poderes Executivo e Legislativo. A prática de controle normativo,

tendo se desenvolvido inicialmente na Europa e América do Norte, apresentou como sistemas que exerceram maior influência sobre o controle constitucional brasileiro, ou seja, o controle concentrado e o difuso.

Com o surgimento de novos mecanismos de controle constitucional no Brasil – dentre os quais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental - e por meio dos resultados dos julgamentos proferidos em sede de controle concentrado, observa-se que o contexto marcante da judicialização das questões políticas na jurisdição constitucional brasileira evidencia o reduzido número de arguições de descumprimento julgadas.

Buscou-se compreender a seletividade no julgamento das ADPFs realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), especificando os elementos que motivaram o efetivo processo decisório e os fatores que permitem a prática de autocontenção pela Suprema Corte brasileira. Espera-se, com a realização desta pesquisa, contribuir para a compreensão das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado.

2 O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

No Brasil, a maior valorização das funções judiciais por parte do Constituinte Originário deu-se mediante a promulgação do texto constitucional de 1988, destacando-se a importância do controle normativo realizado pelo Poder Judiciário, que antes sofria restrições por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. A partir do controle normativo judicial e diante da necessidade de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, novos mecanismos de controle de constitucionalidade foram criados no ordenamento pátrio, dentre eles, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que constituiu objeto de estudo deste trabalho.

Por haver sofrido recente processo de democratização, a partir do advento da CRFB/88 e com a adoção do sistema híbrido de controle de constitucionalidade, foi possível verificar no ordenamento jurídico brasileiro a ocorrência de práticas existentes no sistema norte-americano, quais sejam, a existência de judicialização das questões políticas, ativismo judicial e autocontenção judicial.

Possuindo não só a função institucional de guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB/88), o STF exerce também as funções de solucionar as controvérsias e de estabilização da interpretação constitucional no regime de controle de constitucionalidade misto. Logo, a mais alta corte do judiciário brasileiro não é um meio para solucionar questões particulares, mas situações que envolvem maior complexidade e repercussão social.

No sistema de controle de constitucionalidade praticado no Brasil, a revisão judicial exercida tanto sob o âmbito difuso, quanto pelo concentrado, torna possível obter pronunciamentos da mais alta Corte (Supremo Tribunal Federal) por intermédio de recursos ou de

instrumentos processuais específicos.³ Com isso, grupos de oposição (organizações sociais, entidades de classe, partidos políticos) podem recorrer ao Judiciário para promover ou impedir reformas sociais apresentadas por grupos de interesses majoritários, (bancadas políticas, grupos de empresários, dentre outros que detenham maior influência para a obtenção de seus interesses).

No Brasil, a judicialização da política é oriunda do modelo constitucional analítico e do sistema de controle de constitucionalidade adotado. O modelo analítico da Constituição caracteriza-se por apresentar maior detalhamento das normas referentes à organização e ao funcionamento do Estado, maior relação de direitos fundamentais ou de direitos humanos e maior número de regras que regulam situações específicas.⁴

Por ser muito abrangente, a Carta Magna de 1988 tem como guardião final o Judiciário, cuja atuação pode ter início a partir do controle difuso ou de ações específicas. Referida atribuição faz que o Poder Judiciário tenha a palavra final para decidir em diversos casos – tanto relacionados a direitos fundamentais quanto a políticas públicas.⁵

Apesar da presença do modelo híbrido de controle constitucional, o Brasil não adotou um tribunal *ad hoc*, mantendo-se a estrutura do controle misto – controle direto abstrato e incidental concreto -, empregando apenas o instituto da ação de inconstitucionalidade por omissão, oriundo do direito português.

Importante observar que a existência do controle constitucional em sua forma difusa, junto ao controle concentrado, constitui um importante instrumento de filtragem constitucional, por isso a relevância do estudo das peculiaridades que caracterizam o sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro. “Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade [...] retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade.”⁶

A partir da nova Carta Magna, passou a ser observada uma tendência que confere ênfase não mais ao modelo difuso, mas ao modelo concentrado, uma vez que a maior parcela das controvérsias constitucionais foi submetida ao STF, por meio do controle abstrato de normas.

Importante elemento decorrente de tal modificação refere-se ao amplo rol de legitimados à propositura das ações do controle concentrado, possibilitando que pleitos tipicamente individuais sejam conduzidos ao STF mediante ação direta de inconstitucionalidade.⁷ “Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas.”⁸

Nessa forma de controle, o Tribunal decidirá acerca da lei em tese, não sendo necessária a existência de um conflito concreto. O controle concentrado apresenta efeito *erga omnes*, sendo da competência exclusiva de Tribunal o controle das normas *in abstracto*.⁹

A partir do controle concentrado, novos mecanismos de compatibilização com o texto Constitucional foram criados: a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN); a ação direta

de inconstitucionalidade por omissão (ADO); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Instituto único no mundo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental caracteriza-se por ser um dos instrumentos criados para proteger as diretrizes básicas de consolidação do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Por meio da ADPF, tem-se por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de atos praticados pelo Poder Público e também quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional referente à lei ou a ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A importância da arguição de descumprimento deve-se ao fato de esta permitir a antecipação de decisões sobre controvérsias de teor constitucional relevante, impedindo que a solução venha a ser dada após muitos anos, quando muitas das situações questionadas já sofreram consolidação devido ao lapso temporal. Outro aspecto de destaque é o relativo à proteção das diretrizes básicas de consolidação do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, como a tripartição de poderes, o federalismo e os direitos e garantias fundamentais, estabelecidos pela CRFB/88.

Porém, nem sempre as ADPFs são reconhecidas como meio apto para solucionar descumprimentos aos mandamentos constitucionais: por apresentarem reduzida utilização, poucos são os estudos realizados acerca do processo decisório desse instituto, acarretando o esvaziamento de sua importância no controle de constitucionalidade concentrado.

O presente trabalho teve por objetivo a compreensão da ocorrência da autocontenção judicial nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, sendo analisadas as possíveis causas de estagnação do processo decisório das ADPFs, com isso, sendo avaliadas as relações estratégicas entre os poderes constituídos do Estado, ou seja, a existência de conflitos entre os Poderes Executivo e Judiciário.

3 A AUTOCONTENÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A ocorrência da judicialização no ordenamento jurídico brasileiro foi objeto de estudo realizado por Ernani Carvalho,¹⁰ o qual avaliou o desempenho dos requerentes e atores junto ao STF quando da propositura das ADINs (ações diretas de inconstitucionalidade), tendo por objetivo a melhor compreensão da ocorrência de judicialização da política; as consequências da revisão abstrata da legislação foram usadas como referência na análise de judicialização das ações diretas de inconstitucionalidade.¹¹

O ativismo judicial também está presente no sistema jurídico nacional, contudo não será objeto desta pesquisa, pois, conforme anteriormente referido, a judicialização compreende o fenômeno oposto à autocontenção, não sendo o ativismo prática oposta à autocontenção judicial.

Cabe destacar que até o presente momento, a literatura brasileira tem se dedicado ao estudo do ativismo e da judicialização, existindo amplo material referente aos fenômenos.

Ambos os termos são distintos, portanto não se confundem. Entretanto, pouquíssimos são os trabalhos relacionados ao conteúdo da autorrestrição judicial. O vocábulo acaba por ter seu conteúdo desgastado, sendo atitude prudente descartar as determinações estabelecidas pelo uso indiscriminado, para tentar-se definir aspectos que caracterizam o fenômeno sob análise, substituindo o efeito paralisante dos clichês.¹²

Embora não muito pesquisada no âmbito jurídico brasileiro, a autocontenção do Judiciário constitui, assim como o ativismo e a judicialização, termo utilizado para referência a fins de abusos judiciais, ou seja, quando houver interesses por parte dos magistrados na resolução ou não de uma questão, alterando, por meio de algumas práticas, o resultado do processo decisório: no ativismo, são aplicadas às decisões hipóteses não previstas diretamente no texto constitucional, ampliando, assim, o conteúdo da interpretação normativa; na judicialização, ocorre a expansão do poder decisório do Judiciário e sua inserção na proteção do sistema político mediante as questões a ele conduzidas por grupos de interesses que objetivam promover alterações nos planos de execução das políticas públicas; na autocontenção, o magistrado utiliza suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso, interferindo, com isso, no resultado da decisão.

A compreensão brasileira acerca da autocontenção judicial difere da norte-americana, a partir desta teve início a prática de restrição de julgamentos proferidos pelos magistrados em determinadas espécies de ações. A literatura jurídica nacional apresenta a autolimitação do Judiciário como sendo a adoção de uma postura respeitosa dos juízes para com os demais poderes estatais, ao evitar interferir nas ações do Executivo e do Legislativo, impedindo, com isso, a aplicação direta da Constituição aos casos não expressamente previstos no seu plano de incidência. Por meio dessa interpretação estrita, o Judiciário passa a depender do pronunciamento do legislador originário para que ocorra o julgamento dessas questões, bem como a abstenção da interferência por juízes e tribunais nas questões de políticas públicas, utilizando critérios conservadores para que haja a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

De outra maneira, na literatura norte-americana, a *judicial self-restraint* é verificada quando o juiz utiliza suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso; também, quando age com prudência e cautela na utilização de suas opiniões – e nesse caso, tem-se o denominado “juiz respeitoso”, agindo de modo ainda mais limitado do que na primeira situação; há ainda autocontenção quando atua de modo a limitar as práticas políticas sobre o exercício do poder judicial. Portanto, a autocontenção não significa timidez quanto à proclamação das decisões, mas o uso, por parte dos magistrados, de suas preferências políticas e morais para a alteração do resultado de um caso prático, baseando-se na negativa de julgamento e, conseqüentemente, reduzindo a quantidade de ações que são decididas pelo Tribunal.

Nesse contexto, diferencia-se um juiz autodisciplinado de um juiz autocontido/respeitoso: o primeiro busca decidir um caso sem levar em consideração suas preferências políticas,

ao passo que o segundo fundamenta a decisão de acordo com seus valores morais e opiniões políticas. No entanto, quanto mais elevado for o tribunal do qual esse juiz faz parte, menor a autodisciplina do julgador, ao acreditar que suas preferências políticas desempenharão um papel favorável na tomada de decisão judicial, podendo, a partir desse aspecto, adotar entre uma das políticas concorrentes – autocontenção ou judicialização.

Verificadas as distinções quanto ao comportamento dos magistrados, observa-se que a autocontenção judicial apresentada pela literatura brasileira assemelha-se ao comportamento do juiz autodisciplinado, não ao juiz autocontido. Assim, a pesquisa foi baseada na autocontenção norte-americana, na qual há a identificação dos fatores e comportamentos de restrição aos julgamentos por parte do Poder Judiciário.

A personalidade do juiz constitui fonte para o surgimento da *judicial self-restraint*. Um juiz retraído não estaria disposto a enfrentar os demais ramos do governo, sendo, por isso, autocontido, bem como poderia recusar-se a reexaminar as decisões ativistas de seu antecessor. Igualar a *judicial self-restraint* à inércia do Judiciário constitui uma ideia equivocada – assim como comparar judicialização com ousadia estaria igualmente incorreto.

De modo semelhante à judicialização e ao ativismo, em que as preferências pessoais do juiz se fazem presentes, na autocontenção, este também utiliza tais elementos no processo decisório; assim, diferentemente da ideia errônea que se pode ter acerca da autocontenção - de que o juiz não decide, uma vez que é imparcial - nesta, também é possível que o magistrado utilize suas preferências políticas e morais para justificar a solução de uma questão que lhe foi apresentada. O juiz que não os utiliza é autodisciplinado, não sendo agente no fenômeno da autolimitação do Poder Judiciário.

A autolimitação judicial possui como critério básico o requisito da inconstitucionalidade evidente, claramente identificável, aplicando-se a regra do “caso duvidoso”¹³, ou seja, na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o magistrado abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore*, mas ocorrendo também a situação de muitos dos casos a serem julgados permanecerem aguardando o julgamento, serem declarados prejudicados, não conhecidos ou terem seu seguimento negado – isso pode ser um dos elementos indicativos da ocorrência de autocontenção judicial no ordenamento brasileiro, influenciando o quantitativo de decisões proferidas.

Não havendo a análise de mérito na ADPF, não serão produzidos os efeitos concretos da decisão, o que reduz o número de arguições passíveis de modificarem o âmbito social, político e jurídico. Por isso, o não julgamento do mérito das ADPFs pode caracterizar o comportamento autocontido dos magistrados brasileiros, que se afastam do julgamento das questões concernentes à lesão ao preceito fundamental devido ao fato de, com essa conduta, serem capazes de alterar o resultado do processo decisório das arguições.

O indicativo de comportamento oposto à autocontenção judicial são as respostas do Judiciário diante da judicialização praticada pelos grupos de interesses; nesse caso, estará

presente uma elevada taxa de julgamentos das questões levadas ao Supremo Tribunal Federal, que, dessa forma, demonstra a vontade dos magistrados em participarem da formulação de políticas públicas (*policymaking*). Desse modo, será verificado como ocorre o julgamento efetivo (julgamento do mérito) das ações em sede de ADPF, tornando-se o Judiciário mais interventivo e presente na vida política de uma sociedade.

Com isso, a revisão judicial é bastante útil para os grupos políticos de interesses majoritários; não só esses se beneficiam da revisão judicial, como também os grupos de interesses minoritários e os membros do legislativo, vez que o poder de interpretar estatutos e cumprir a lei é, com isso, transferido ao Judiciário. A revisão judicial pode ser utilizada para anular normas aprovadas pelos governantes anteriores ou coligações, desestabilizando a base legislativa que está atualmente em atividade.¹⁴

No que se refere ao Poder Executivo brasileiro, afirma-se que pouco é verificada a superposição entre este e o Judiciário, no entanto faz-se necessário analisar em capítulo específico a relação existente entre o Poder Executivo e Judiciário, posto que aquele poder também constitui um dos legitimados ativos para a propositura das arguições, elemento este que poderá ser determinante para a ocorrência da autocontenção judicial nas ADPFs.

A partir desse aspecto, foi verificada a ocorrência de autocontenção judicial nas ADPFs, analisando quais elementos contribuem para a prática desse fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio da análise quantitativa (arguições julgadas e não julgadas) e especificação de variáveis (análise qualitativa), foi possível identificar alguns dos fatores de limitação no processo decisório das ADPFs. Foram objeto de análise todas as arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas no STF compreendidas no período de dezembro de 1999 a julho de 2013.

4 METODOLOGIA UTILIZADA

A verificação de padrões relativos ao julgamento das ADPFs envolveu aspectos relacionados ao tipo do ato violador do preceito fundamental/origem do ato público questionado (Federal, Estadual ou Municipal), poderes requeridos (legitimados passivos), unidade federativa de origem da ação, requerente (legitimado ativo), assuntos envolvidos, existência de pedido de liminar, resultado da liminar, requisito da subsidiariedade e resultado da arguição.

Para tanto, por meio da análise quantitativa e qualitativa, buscou-se compreender a seletividade negativa e positiva no julgamento das arguições de descumprimento realizada pelo STF, a partir da análise das ações que não sofreram julgamento do mérito e daquelas que tiveram o mérito analisado. Também foi analisado o comportamento dos Ministros do STF com relação ao requisito da subsidiariedade e ao respeito à Lei 9.882/99,¹⁵ que regulamenta as arguições de descumprimento. Caracteriza-se também por ser uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo por meio do acompanhamento processual da totalidade das ADPFs, por meio do sítio eletrônico do STF – <www.stf.jus.br>.

Como hipóteses da pesquisa, foi investigado a) se o quantitativo de ADPFs julgadas em relação ao número total de arguições propostas no período de 1993 a 2013 é reduzido, então, constata-se a prática de autocontenção judicial nas ADPFs pelo Supremo Tribunal Federal; b) poucas ADPFs passam pela seletividade positiva e têm seu mérito analisado; c) mesmo presente o requisito da subsidiariedade nas arguições, os Ministros não proferem julgamento, deixando de observar a Lei 9.882/99¹⁶ e, por fim, d) as mudanças no quadro de julgamentos das ADPFs ocorrem devido ao comportamento autocontido e seletivo dos Ministros Relatores quando decidem essas ações, também em decorrência dos assuntos e dos requerentes que figuraram nas arguições de descumprimento.

5 AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS – ANÁLISE DAS RELAÇÕES ESTRATÉGICAS ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS DO ESTADO: EXECUTIVO VS. JUDICIÁRIO

O primeiro dado analisado compreendeu o total de ADPFs propostas e os aspectos relacionados à seletividade negativa das arguições – aquelas que não sofreram análise no seu mérito. Até o mês de julho de 2013, foi proposto um total de 275 (duzentas e setenta e cinco) ADPFs. Desse quantitativo, apenas 8% de arguições tiveram seu mérito analisado, enquanto 92% não sofreram análise em seu conteúdo; desse modo, o conjunto das arguições propostas revela um reduzido percentual de julgamento efetivo pelo STF, conforme pode ser observado no gráfico n° 1:

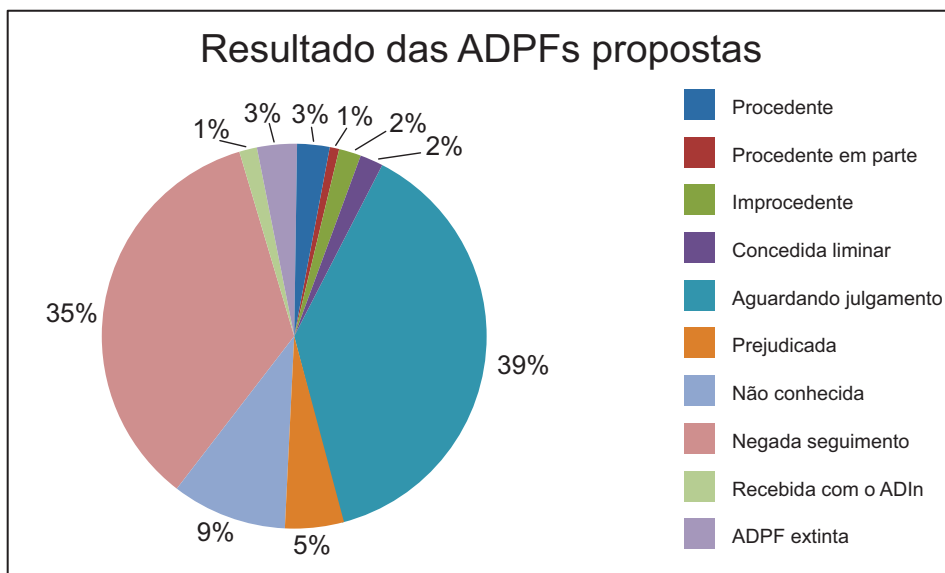


Gráfico 1 - Resultado das ADPFs propostas

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

Foi identificado que a maioria das arguições propostas teve seu seguimento negado – sofreu seletividade negativa – em decorrência de vícios processuais, grande parte deles compreendendo a ausência dos pressupostos necessários à ação: ilegitimidade ativa *ad cau-*

sam e objeto não compreendido como ato do poder público. Esses são alguns dos fatores que podem ser utilizados pelo STF para fundamentar o não conhecimento das arguições, impedindo assim a ocorrência do efetivo processo decisório.

Também foi possível verificar que, em meio ao elevado quantitativo de ADPFs não julgadas, havia um pequeno índice daquelas que não foram solucionadas, mas foram convertidas em ações diretas de inconstitucionalidade. A essas arguições, mesmo apresentando erros formais, deveria ter sido atribuído o status de negado seguimento, no entanto, verificou-se que sofreram análise no mérito em razão de o STF desconsiderar os defeitos de forma nas ADPFs para julgá-las, demonstrando tanto a presença de preferências políticas e morais dos Ministros ao ponto de alterar o resultado final dessas ações, conforme ocorre na *judicial self-restraint* norte-americana, como destaca que a instrumentalidade das formas é um discurso utilizado pela nossa Suprema Corte para a prática da autocontenção judicial implícita.

No âmbito dos legitimados à propositura das ADPFs, em tese, os maiores requerentes são as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (78%), seguidos pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (67%), dados esses que destacam a elevada taxa de propositura das ações pelos referidos entes como mecanismo final para a obtenção do cumprimento dos preceitos fundamentais. O dado analisado destacou o uso das arguições, ainda que em número reduzido, como recurso impeditivo às alterações nas políticas públicas realizadas pelos grupos de interesses minoritários, mas que exerceram maior influência política e assim obtiveram êxito na satisfação das suas reivindicações.

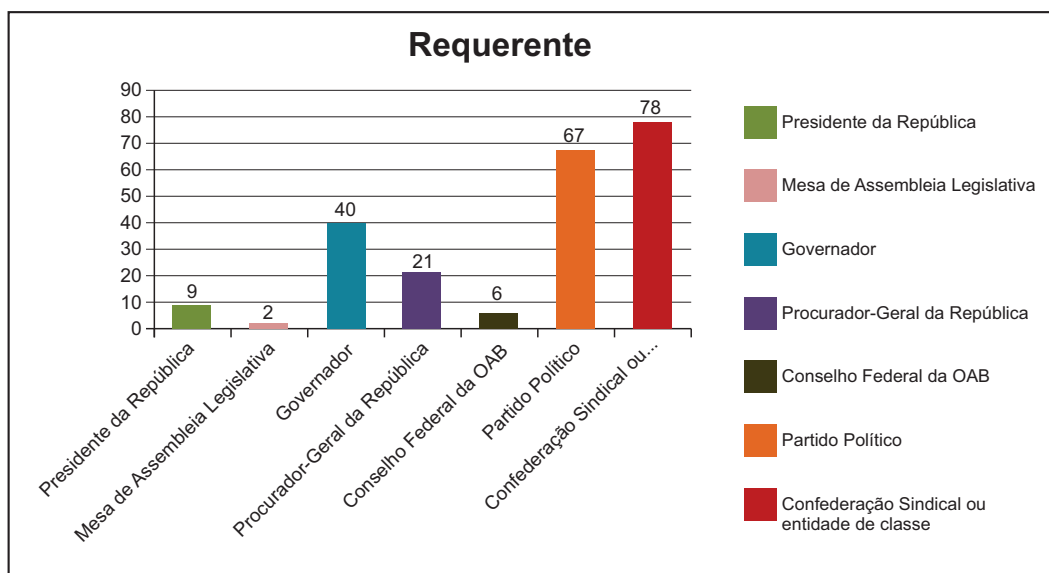


Gráfico 2 - Requerentes nas ADPFs

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

A propositura das arguições de descumprimento por parte do Poder Executivo no âmbito estadual (40%), embora em quantitativo menor que os requerentes acima apresen-

tados, demonstra a necessidade do respeito à soberania do Estado e do princípio federativo, constituindo mais um elemento que conduz ao julgamento das arguições.

Com relação ao pedido de liminar nas ADPFs, foi observado que 94% das ADPFs traziam o pedido para a sua concessão e apenas 6% não apresentavam esse elemento. Desses 94% de arguições com pedido de liminar, 7% obtiveram sua concessão, das quais 6% procedentes e 1% procedente em parte. Os demais pedidos de liminares correspondem a 50% como sendo as prejudicadas, 38% aguardam julgamento, e 5% tiveram provimento negado.

Com base nessas informações, verifica-se que a maior parte das arguições de descumprimento, assim como não tiveram seu mérito julgado, sequer sofreram a análise do pedido de liminar, pois a sua concessão importa na antecipação dos resultados da futura sentença. Desse modo, a presença de autocontenção nas arguições também é reforçada pelo fato de não haver sido dado provimento à maioria dos pedidos de liminar.

Das poucas liminares concedidas, destacaram-se os pedidos de liminar realizados nas arguições propostas pelos Governadores de Estado: foram concedidas em maior parte quando comparadas com os pedidos de liminar feitos pelas entidades de classe de âmbito nacional e com as confederações sindicais. Esse aspecto permitiu a verificação de que o Executivo Estadual foi o maior beneficiado pelo julgamento efetivo de suas ADPFs, assim como aquelas que apresentaram o pedido de liminar.

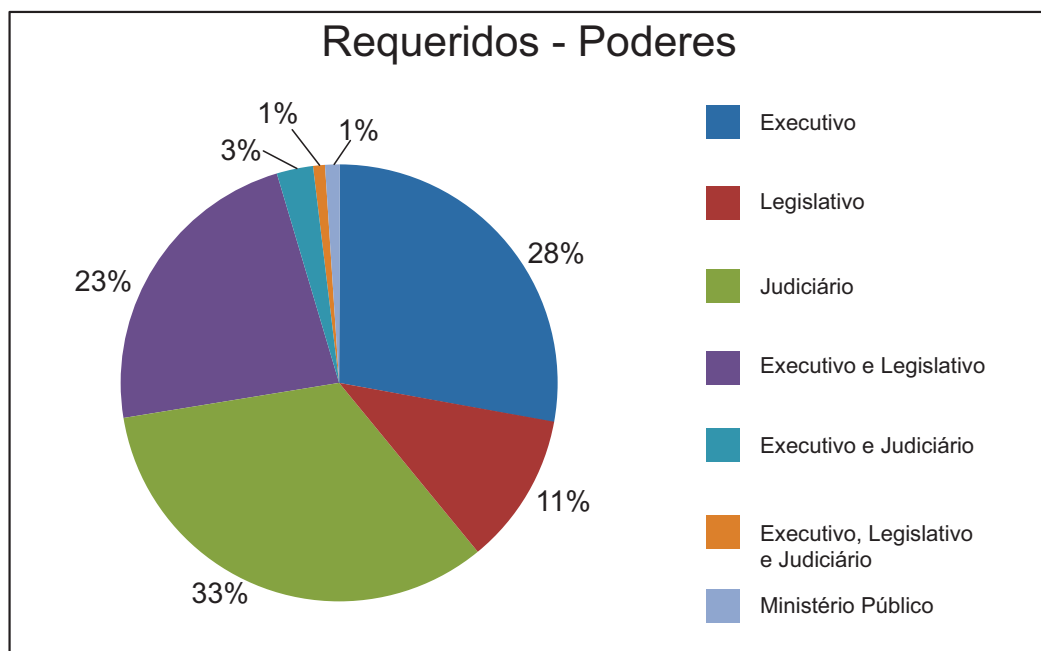


Gráfico 3 - Legitimados passivos (Requeridos - Poderes)

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

Já em relação aos entes responsáveis pelas violações/ameaças aos preceitos fundamentais, verificou-se que o Poder Judiciário, de modo isolado, foi responsável pelo maior número

de violações (33%), tendo este realizado a aplicação de normas infraconstitucionais que vão de encontro às regras da Lei Maior. Para não ser reconhecido como o maior violador dos preceitos que deveria justamente proteger, o Judiciário permanece inerte com relação ao julgamento desses processos, passando a selecionar apenas casos de grande repercussão social e que envolvem atos decorrentes, em sua maioria, do Poder Executivo. Esta é a principal razão pela qual os Ministros não proferem julgamento no âmbito das ADPFs.

Com relação às ADPFs julgadas no mérito, até o período de julho de 2013, apenas 8% (vinte) ADPFs do total sofreram processo decisório efetivo. Desse modo, o conjunto das arguições propostas revela um reduzido percentual de julgamento pelo STF. Conforme verificado no capítulo antecedente, grande parte das arguições propostas não foi conhecida devido à presença de vícios processuais. O gráfico n° 4 apresenta o resultado do julgamento nas ADPFs efetivamente julgadas:

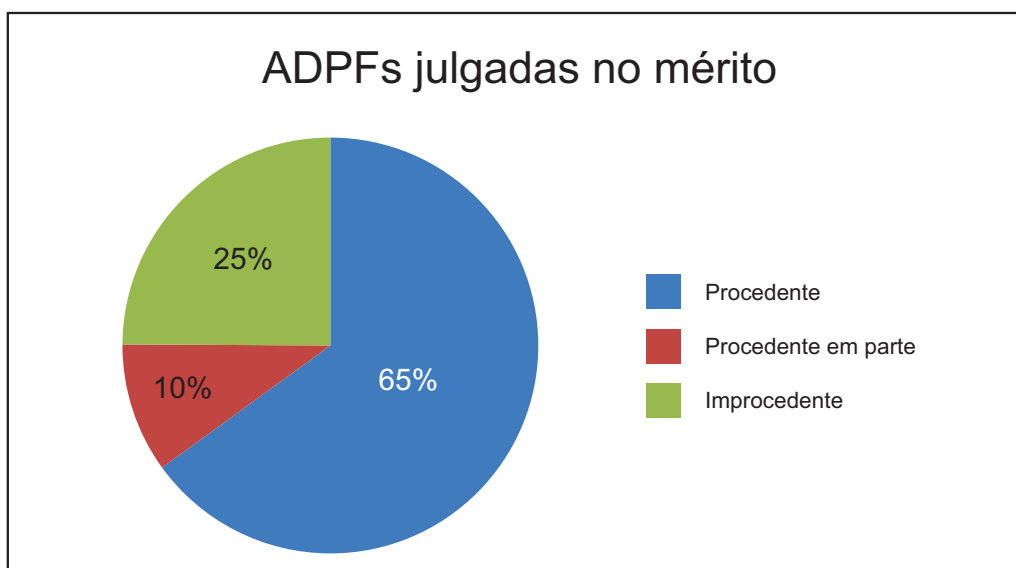


Gráfico 4 - Resultado das ADPFs julgadas no mérito

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

O julgamento procedente proporciona benefícios ao requerente da ADPF, enquanto a improcedência ou o não julgamento beneficia o ente responsável pela prática da violação ou da ameaça aos preceitos fundamentais. Por meio das arguições julgadas e não julgadas, foi possível observar a ocorrência do conflito entre os Poderes Executivo e Judiciário nas questões levadas ao Supremo, vez que a maior parte das arguições propostas diz tanto respeito ao Poder Executivo, indicado como aplicador de normas inconstitucionais e violador dos preceitos fundamentais por meio de entes da administração pública, quanto às garantias e aos direitos fundamentais relacionados nos artigos 5º ao 7º da CRFB/88, sendo o mérito amparado pelo princípio da dignidade humana (gráfico n° 5).

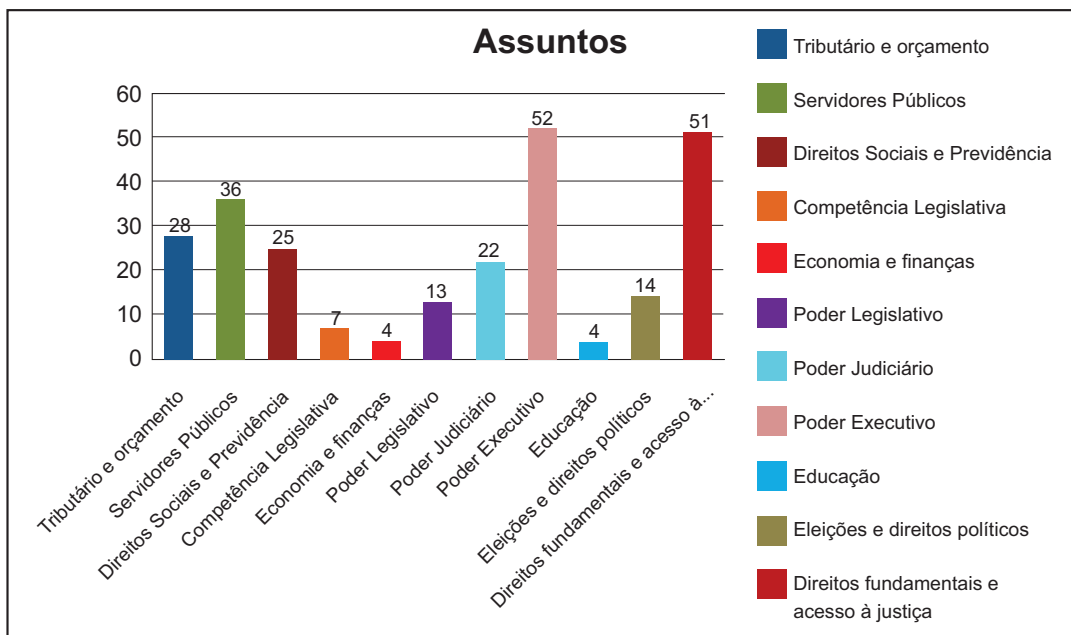


Gráfico 5 - ADPFs por assuntos

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

O gráfico nº 6 apresenta os entes públicos que violaram ou ameaçaram violar os preceitos fundamentais no âmbito das ADPFs efetivamente julgadas. Verifica-se que o Poder Executivo, de modo isolado, foi responsável pelo maior número de violações (45%), seguido pelo Judiciário (35%). No total de ADPFs propostas, a situação apresenta uma inversão, sendo o Judiciário o poder que mais ameaça ou viola preceitos fundamentais (33%), seguido do Poder Executivo, com 28% das arguições de descumprimento.

Requeridos - Poderes

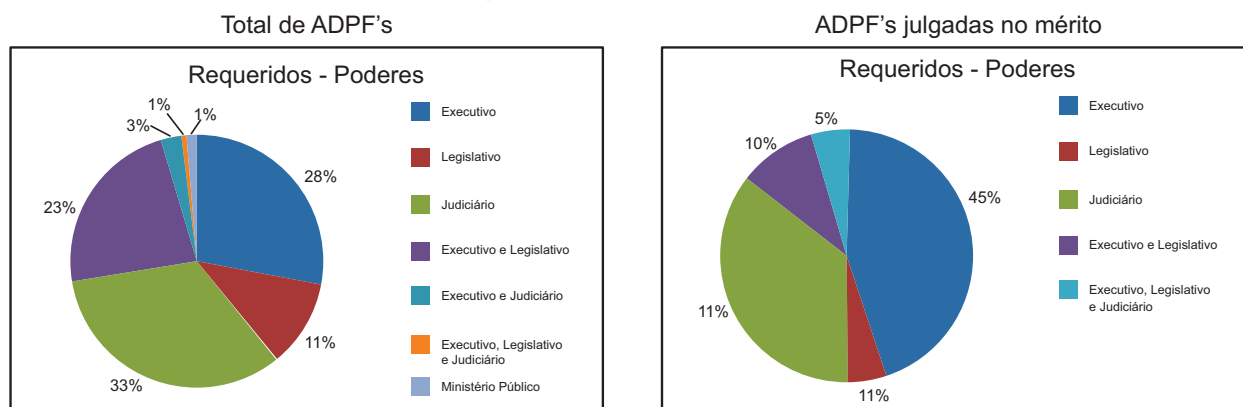


Gráfico 6 - Comparativo - Poderes requeridos no total de ADPFs propostas e nas efetivamente julgadas

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

A comparação realizada entre os legitimados passivos aponta um fator relevante para a explicação do que tem motivado a autocontenção do Judiciário, com a seletividade positiva realizada pelos Ministros nas ADPFs: no âmbito geral, o Judiciário é o maior

responsável pelas ameaças/violações (33%); nas que sofreram julgamento efetivo, o Poder Executivo é o maior agente violador dos preceitos fundamentais, correspondendo a 45% das arguições.

O Poder Legislativo, ao contrário do que se poderia observar, é um dos poderes que menos ameaça/viola os preceitos fundamentais; sua inércia na elaboração de normas e medidas em prol do Estado é um indicativo desse reduzido número de processos (5%).

Por meio dos percentuais do gráfico nº 6, observa-se que, ao ser proposta uma ADPF em face do Executivo, este exerce controle sobre o Poder Judiciário no momento da prática do ato, mas tal controle não se sobrepõe à autonomia daquele poder, pois a ideia de vigilância e controle recíprocos entre os poderes traz elementos que caracterizam o moderno princípio da separação dos poderes. O que se verifica é que o Judiciário não decide as arguições nas quais ele próprio figurou como violador aos preceitos fundamentais, passando a analisar o mérito das ADPFs propostas contra o Poder Executivo.

Com isso, a afirmativa de que pouco é verificada a superposição entre os Poderes Executivo e Judiciário está equivocada: o Judiciário prioriza o julgamento das arguições oriundas de atos do poder público cuja origem é o Executivo e, desse modo, beneficia-se, mantendo-se como poder que defende preceitos fundamentais constantemente violados pelo Executivo. O não julgar, decorrente da seletividade, representa uma opção política, pois mantém os efeitos do ato impugnado, beneficiando o ente político que editou o ato. O mesmo efeito que ocorre quando do julgamento improcedente.

Já a seletividade positiva compreende a escolha das ADPFs que serão levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que, a partir do processo decisório, torna possível a produção de efeitos concretos no âmbito social, político e jurídico. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal exerce seletividade tanto em relação às ações diretas de inconstitucionalidade como também nas as arguições de descumprimento a preceito fundamental. Contudo, nestas, a seletividade ocorre de modo ainda mais intenso do que nas ADINs, uma vez que a seletividade das questões políticas se faz presente no controle concentrado de constitucionalidade, quando um reduzido percentual de ações sofre julgamento no mérito.

A análise das ADPFs quanto ao julgamento efetivo, com base nas mesmas variáveis estabelecidas para o total de arguições propostas – quais sejam, tipo do ato violador do preceito fundamental, poderes requeridos, unidade federativa de origem da ação, requerentes, assunto envolvido, existência de pedido de liminar, resultado da liminar, requisito da subsidiariedade, resultado da arguição e ano de julgamento da ADPF – permite confirmar a existência da seletividade positiva no contexto da autocontenção judicial.

As arguições de descumprimento julgadas no mérito apresentaram em comum a busca das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional pelo cumprimento do poder público aos preceitos fundamentais resguardados nos arts. 5º e 7º da CRFB/88.

Em seguida, como maior requerente, aparecem os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Esse padrão é repetido quando a análise é realizada no âmbito total da amostra das ADPFs (275 arguições) utilizadas neste trabalho, em que as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional também constituem os maiores requerentes das ações. Desse modo, a inefetividade das instituições majoritárias e sua consequente incapacidade de prover as necessidades revelam a constante procura pela utilização das arguições por minorias como forma de efetivação das demandas sociais.

A subsidiariedade nas ADPFs é considerada “uma condição especial e específica da ação”¹⁷ que, inexistente, impedirá o conhecimento desse mecanismo de controle constitucional. “Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882, de 1999, há de ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.”¹⁸

O requisito da subsidiariedade é, a nosso ver, outro elemento que contribui para a prática da autocontenção judicial e maior seletividade das questões políticas levadas ao STF, já que, mesmo presente o requisito da subsidiariedade nas arguições, os Ministros têm proferido decisões contrariamente à lei das ADPFs (Lei nº 9.882/99)¹⁹: não são observados os requisitos estabelecidos na lei e decisões foram proferidas mesmo quando havia a possibilidade de utilização de outro meio apto a sanar a ameaça ou lesão. Com isso, há a desconsideração dos defeitos de forma nas ADPFs por parte do STF e do requisito da subsidiariedade, demonstrando que a instrumentalidade das formas seria um discurso utilizado pela nossa Suprema Corte para a prática da autocontenção judicial implícita e a seletividade dos casos que irão a julgamento.

Assim, conforme os interesses políticos envolvidos na causa, a subsidiariedade não é utilizada. Portanto, com essa prática, impede-se a ocorrência do julgamento, o que favorece a presença da autocontenção judicial implícita em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com a prática da autolimitação judicial, o processo decisório apresenta-se influenciado pelas ideologias do juiz, recebendo contornos políticos pela possibilidade de seus efeitos interferirem no resultado das políticas públicas. Dessa forma, existe interferência entre direito e política, uma vez que a norma representa a vontade da maioria legislativa e, ao decidir, o juiz adota posicionamento contra ou a favor dessa maioria ou das minorias.

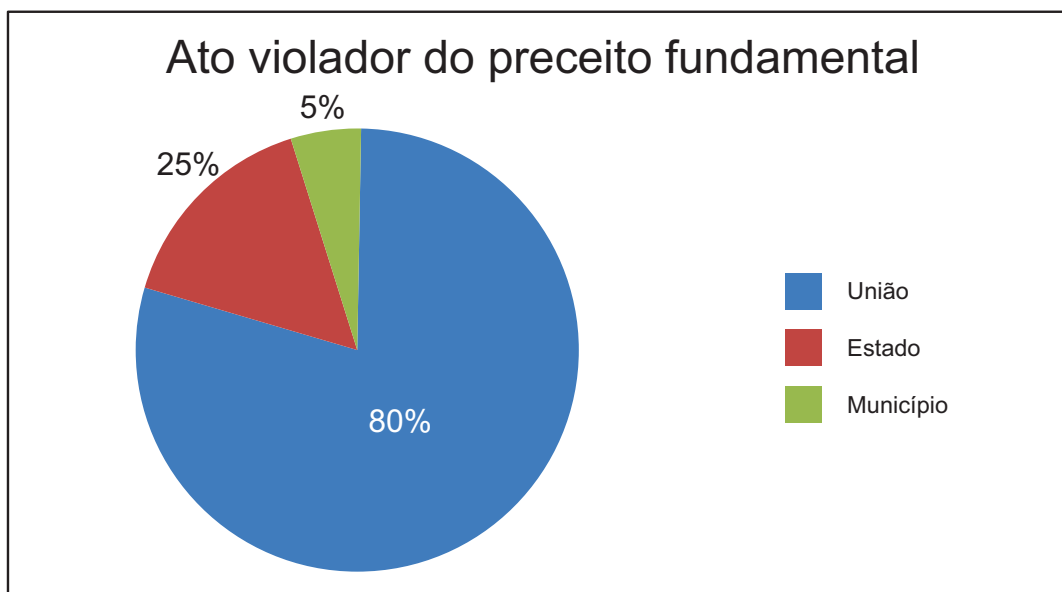


Gráfico 7 - Origem do ato violador do preceito fundamental
Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

O Judiciário Federal foi o ente responsável pelo maior percentual de violações aos preceitos fundamentais ao aplicar e interpretar as normas editadas pela União, desse modo, foi o ente que mais sofreu controle concentrado de constitucionalidade nas ADPFs. Essas normas constituem, assim, os atos decorrentes dos poderes públicos objeto das arguições propostas pelos Governadores de Estado e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

O Poder Legislativo, ao contrário do que se poderia observar, é um dos poderes que menos ameaçou/violou os preceitos fundamentais - sua inércia na elaboração de normas e medidas em prol do Estado é um indicativo desse reduzido quantitativo de processos. Verifica-se que o Judiciário não decide as arguições nas quais ele próprio figurou como violador aos preceitos fundamentais, passando a analisar o mérito das ADPFs propostas contra o Poder Executivo.

Por fim, a comprovação das hipóteses apresentadas nessa pesquisa, referentes à investigação das causas de mudança no quadro de julgamento das arguições. Os assuntos objeto das arguições não são utilizados como mecanismo de restrição ao julgamento, no entanto, a partir da análise feita por ano de julgamento, verifica-se que eles contribuem para o aumento do número de processos decisórios efetivos.

Diferentemente dos assuntos, foi possível verificar que, em relação à admissibilidade das ADPFs, muitas não tiveram seguimento em decorrência de o ato questionado não ser considerado decorrente do poder público e, nesse caso, o tipo do ato praticado funcionou como elemento impeditivo de julgamentos.

A partir dessas observações, foi verificado que os requerentes das ADPFs não constituem elemento responsável pela mudança no quadro de julgamento das arguições. A análise feita com relação aos legitimados ativos nas arguições revela que, no total de ações propostas e naquelas que sofreram julgamento, o maior beneficiado pelo processo decisório foi o Poder Executivo Estadual, o que reforça a hipótese de que os requerentes não constituem elemento responsável pela alteração na quantidade de julgamentos.

Foi possível também confirmar a hipótese de que, de acordo com a postura adotada pelos Relatores, haverá maior ou menor quantidade de ações julgadas. Quando analisada a amostra total das 275 ADPFs, lideraram o índice de não julgamento das arguições os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, situação em que é verificado o exercício da seletividade no julgamento das ADPFs pelo Supremo Tribunal Federal. No âmbito das arguições efetivamente julgadas, a seletividade foi característica fortemente presente, sendo verificada a manutenção de posicionamento mais seletivo pela maioria dos Relatores, com exceção do Ministro Luiz Fux, que decidiu o mérito de maior quantitativo de arguições.

Esses elementos demonstram a existência de intensa seletividade das questões pelo Supremo; as escolhas são possíveis em decorrência do aumento dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política característica que, assim como na judicialização e ativismo, também está presente no âmbito da autocontenção judicial.

6 CONCLUSÕES

O Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura de abstenção voluntária em relação ao julgamento das ADPFs devido a apresentarem como maior violador de preceitos fundamentais o próprio Poder Judiciário, que deveria zelar pelo respeito às garantias constitucionais e preceitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Porém, em meio ao reduzido número de ADPFs julgadas, por meio dos Ministros Relatores, o Supremo seleciona algumas situações específicas suscitadas nessas arguições para serem julgadas em virtude de sua relevância, maior repercussão na sociedade e interesses políticos envolvidos.

Diante do contexto da judicialização das questões políticas e do ativismo judicial presente na jurisdição constitucional brasileira, verificou-se que as ADPFs têm sofrido limitações no que se refere ao processo decisório de suas ações, ocorridas principalmente em razão de grande parte das arguições de descumprimento apresentar como maior ente violador de preceitos fundamentais o Poder Judiciário. Desse modo, a restrição ocorre para que o Judiciário não perca seu poder de decisão e confiança nele depositada pela sociedade, considerado como único poder estatal capaz de solucionar os conflitos não finalizados pelos demais poderes. Esse é o principal elemento que fundamenta a ocorrência de autocontenção judicial nas ADPFs.

Por meio das arguições julgadas e não julgadas, foi possível observar a ocorrência do conflito entre os Poderes Executivo e Judiciário nas questões levadas ao Supremo, uma vez que a maior parte das arguições propostas diz tanto respeito ao Poder Executivo, indicado como aplicador de normas inconstitucionais e violador dos preceitos fundamentais por intermédio de entes da administração pública, quanto às garantias e direitos fundamentais, sendo o mérito amparado pelo princípio da dignidade humana.

A afirmativa de que pouco é verificada a superposição entre os Poderes Executivo e Judiciário está equivocada: o Judiciário prioriza o julgamento das arguições oriundas de atos do poder público cuja origem é o Executivo e, com isso, beneficia-se, mantendo-se como poder que defende preceitos fundamentais constantemente violados pelo Executivo. O não julgar, decorrente da seletividade, representa uma opção política, pois mantém os efeitos do ato impugnado, beneficiando o ente político que editou o ato. O mesmo efeito que ocorre quando do julgamento improcedente.

Inseridas no âmbito da autocontenção, as ADPFs constituem imprescindível meio de defesa dos preceitos fundamentais, admitido o acesso à revisão pelo Judiciário de forma concentrada e sendo capaz de proporcionar efeitos *erga omnes* – que atingem todas as demais situações em que o ato ou a norma objeto da impugnação transgrediu o direito fundamental previsto constitucionalmente. A partir desses resultados, espera-se contribuir para a compreensão das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado e ampliar os conhecimentos sobre os efeitos concretos do controle de constitucionalidade realizado mediante a utilização das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 3. Relator: Ministro Sidney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da Política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, Lisboa, v. 44, n. 191, p. 315-335, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 5 jun. 2013.

_____. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n28/a11n28.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 459-473.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 529-540.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei nº 9.882/99, de 3.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. In: CONGRESSO DA CONFERÊNCIA DE CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPEIAS, 14., 2008, Vilnius. **Anais eletrônicos...** Vilnius: [s.n.], 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, 1983. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>>. Acesso em: 24 maio 2013.

TAYLOR, Matthew M; ROS, Luciano da. Os partidos dentro e fora do poder: judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade e as perspectivas de uma corte constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito**

Constitucional, n. 14, p. 197-271, jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Predominancia_do_Controlo_Concentrado\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_(Predominancia_do_Controlo_Concentrado).pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **The American Political Science Review**: American Political Science Association, v. 99, n. 4, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/30038966>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

-
- 1 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
 - 2 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. p. 128. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2013.
 - 3 TAYLOR, Matthew M; ROS, Luciano da. Os partidos dentro e fora do poder: judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. p. 826.
 - 4 TAYLOR, Matthew M; ROS, Luciano da. Os partidos dentro e fora do poder: judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. p. 826.
 - 5 MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 529-540. p. 530.
 - 6 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 456.
 - 7 VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade e as perspectivas de uma corte constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 14, p. 197-271, jul./dez. 2009. p. 224. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Predominancia_do_Controlo_Concentrado\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_(Predominancia_do_Controlo_Concentrado).pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2013.
 - 8 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. In: CONGRESSO DA CONFERÊNCIA DE CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPEIAS, 14., 2008, Vilnius. **Anais eletrônicos...** Vilnius: [s.n.], 2008. p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 23 jan. 2013.
 - 9 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007. p. 162. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n28/a11n28.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.
 - 10 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da Política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, Lisboa, v. 44, n. 191, p. 315-335, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 5 jun. 2013.
 - 11 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da Política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, Lisboa, v. 44, n. 191, p. 315-335, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 5 jun. 2013.
 - 12 POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, 1983. p. 1. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>>. Acesso em: 24 maio 2013.
 - 13 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 459-473. p. 468.

- 14 WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **The American Political Science Review**: American Political Science Association, v. 99, n. 4, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/30038966>>. Acesso em: 9 jul. 2013. p. 584.
- 15 BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.
- 16 BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.
- 17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 3. Relator: Ministro Sidney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 21 jul. 2013.
- 18 MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei nº 9.882/99, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.
- 19 BRASOL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

SELF-RESTRAINT IN THE BRAZILIAN JUDICIARY: AN ANALYSIS OF STRATEGIC RELATIONS AMONG THE BRANCHES OF THE STATE

The claim of breach of fundamental precept (*arguição de descumprimento de preceito fundamental* – ADPF) is a typically Brazilian procedural constitutional instrument, aimed at preventing threats or violations of fundamental precept by the government. The excessive recourse to the Judiciary and judicial activism in the Brazilian Supreme Court (STF) highlights the small number of ADPF that have been judged by the Court. We intend to draw the empirical profile of the functioning of judicial review through the judgement of ADPFs and to analyze the occurrence of judicial self-restraint and the behavior of judges when rendering decisions relating to ADPFs. We attempted to understand the selectivity in the judgements of ADPFs by the STF, specifying the elements that motivated the effective decision-making and the factors that allow the practice of self-restraint by the Brazilian Supreme Court. We concluded there is a conflict between the Executive and the Judiciary: many of the ADPFs that were filed indicate the Judiciary itself as perpetrator of the alleged breach. However, when selecting which ADPFs to judge, this branch will usually prefer to decide those in which the Executive branch is the

respondent, thus impeding the conclusion of cases questioning acts by the Judiciary and the recognition of said branch as the most frequent offender of fundamental rights and guarantees. Through quantitative and qualitative analysis, we sought to understand the positive and negative selectivity in the judgment of ADPFs carried out by the Supreme Court. We analyzed the cases that have not been judged on the merits and those that have, in the period between 1993 and 2013. We also analyzed the behavior of Judges of the Supreme Court regarding the subsidiarity requirement and the observance of the Law 9.882/99, which regulates ADPFs. The procedural monitoring of all ADPFs was accomplished via the Brazilian Supreme Court website (www.stf.jus.br). We expect that this research will contribute to the understanding of the strategic relations between the branches of the State.

Keywords: Judicial self-restraint. State branches. Claim of breach of fundamental precept. Selectivity.

Submetido: 14 mar. 2017

Aprovado: 6 jun. 2017

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB O OLHAR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Lenio Luiz Streck*

Igor Raatz**

1 Introdução. 2 Dimensões do dever de fundamentação. 3 Versões fracas do dever de fundamentação e o seu contraponto a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. 3.1 Do dever de fundamentação “suficiente” ao dever de fundamentação completa: da inexorável relação entre dever de fundamentação e contraditório. 3.2 Da fundamentação como “justificação racional das escolhas do juiz para decidir” à fundamentação como explicitação da compreensão. 3.3 Precedentes não servem para desonerar o julgador de fundamentar. 4 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Embora o dever de fundamentação das decisões judiciais constitua uma garantia contra o arbítrio de juízes e Tribunais, muitas concepções a seu respeito vêm servindo para fortalecer decisionismos e arbitrariedades. Diante desse quadro, o presente ensaio buscará oferecer, sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito, um contraponto a essas versões fracas acerca do dever de fundamentação, defendendo um dever de fundamentação completa e *no* direito, respeitando-se, desse modo, a sua autonomia, constituindo um empreendimento democrático no qual o juiz deverá se esforçar para mostrar que a decisão em questão é a melhor (constitucionalmente adequada) para o caso concreto.

Palavras-chave: Dever de fundamentação. Autonomia do direito. Crítica Hermenêutica do Direito.

1 INTRODUÇÃO

Falar do dever de fundamentação das decisões judiciais em uma democracia poderia parecer algo desnecessário, afinal é condição de possibilidade para o exercício de função jurisdicional que as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas. Além disso, uma pes-

* Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, RS, e Unesa, RJ. Doutor e Pós-Doutor em Direito. Ex-Procurador de Justiça (MP/RS). Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST. Professor Emérito da EMERJ/RJ. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Advogado. E-mail: <lenios@globomail.com>.

** Pós-doutorando em Direito pela UNISINOS sob a supervisão do professor Lenio Luiz Streck. Doutor e mestre em Direito pela mesma instituição. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela ABDPC – Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual e do IIDP – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Advogado sócio-fundador do escritório Raatz & Anchieta Advocacia. E-mail: <igorraatz@gmail.com>.

soa que não conhecesse a realidade dos Tribunais brasileiros poderia objetar que estaríamos discorrendo sobre uma obviedade, uma vez que a Constituição brasileira consagra o dever de fundamentação e que, portanto, ele é um elemento inexorável do processo jurisdicional democrático. Porém, aqueles que lidam com o direito no Brasil sabem que as coisas não são bem assim. Apesar de todos os esforços em fazer que o texto Constitucional seja levado a sério, inclusive com o estabelecimento minucioso de critérios legais para que seja possível afirmar a falta de fundamentação de uma decisão judicial e, portanto, a sua invalidade, um breve olhar sobre o modo como juízes e Tribunais decidem e fundamentam as suas decisões revela que, ainda, há muito a ser feito pela doutrina no sentido de constranger epistemologicamente juízes e Tribunais a respeitarem a Constituição.

Desse modo, o presente ensaio constitui um compromisso com a democracia. Isso porque não há processo jurisdicional democrático se não for respeitado o direito das partes de obter decisões fundamentadas. Em tempos difíceis, nos quais são cada vez mais comuns decisões judiciais que se limitam à mera transcrição de julgados anteriores, é imprescindível alçar o dever de fundamentação das decisões judiciais a um patamar mais elevado que o usualmente trabalhado pela doutrina brasileira. Assim, serão apresentadas e rechaçadas, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, algumas “versões fracas” acerca do dever de fundamentação, na medida em que fundamentar uma decisão não é o mesmo desenvolver uma justificação racional capaz de encobrir a decisão, como se fosse possível cindir os dois níveis da linguagem (*logos hermenêutico* e *logos apofântico*). Com isso, defende-se que o juiz tem, ao fundamentar, o dever de empreender o maior esforço possível para mostrar que a decisão é correta (constitucionalmente adequada) e que, portanto, guarda consonância com a história institucional do direito, de modo a preservar a sua autonomia.

2 DIMENSÕES DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

O conteúdo do dever de fundamentação das decisões previsto no art. 93, IX, da Constituição brasileira somente pode ser precisado se explorado em uma dimensão histórica, que permita desvelar suas diferentes variações de sentido até que possamos situá-lo na perspectiva atual do Estado Democrático de Direito.¹ Nesse percurso, no entanto, é possível explicitar algumas marcas envoltas àquilo que gradualmente tem perpassado a compreensão acerca do dever de fundamentação. Há, desse modo, um elemento, por assim dizer, comum às diferentes concepções acerca do dever de fundamentação, que é o fato de ser encarado como verdadeira garantia contra o arbítrio.²

Note-se que, antes mesmo do surgimento das democracias liberais, já se falava de um dever de fundamentação. Como bem afiança Mario Pisani, na Itália pré-unitária, a pragmática n. XXVIII do Rei Fernando IV de Bourbon estabelecia a obrigatoriedade de fundamentação, a fim de que os julgamentos fossem o mais possível escoimados do arbítrio, preservando-se os juízes de qualquer suspeita de parcialidade.³ Embora, nesse primeiro momento, o dever

de fundamentação não estivesse ligado a uma concepção democrática de Estado, já era possível verificar, na fundamentação das decisões, uma *arma contra o arbítrio dos juízes*. Essa tendência foi gradualmente ganhando força a ponto de a obrigatoriedade da fundamentação das decisões constituir traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX. Na tradição luso-brasileira, o dever de fundamentação esteve presente nas Ordenações Filipinas (Livro, III, LXVI, §7º), as quais estabeleciam que o juiz infrator do dever de fundamentação ficaria sujeito ao pagamento de multa em favor da parte. Posteriormente, o art. 232 do Regulamento 737 de 1850 veio estabelecer que o juiz deveria motivar, com precisão, o seu julgado, preceito que acabou sendo repetido nos Códigos processuais estaduais e incorporado pelas posteriores codificações processuais brasileiras.⁴

À noção elementar de que o dever de fundamentação funcionava como uma espécie de ferramenta contra arbítrio judicial, foram se agregando outros elementos, como a garantia da *imparcialidade do juiz*, o controle da *legalidade da decisão*, e a possibilidade de *impugnação das decisões*. Há quem diga que, no bojo do Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões, sem perder o caráter de freio contra eventuais arbitrariedades do julgador, passou a ser vista, também, como “elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça.”⁵ Nessa vereda, Michelle Taruffo afirma que a inserção do dever de fundamentação nas Constituições representa, na atual quadra da história, a transformação das funções a ela atribuída. Agrega-se à tradicional função *endoprocessual* da fundamentação, que visa a facilitar a impugnação e os juízos sobre ela, uma função *extraprocessual*. Assim, a fundamentação representaria, também, a possibilidade de controle do exercício do Poder Judiciário fora do contexto processual, por parte do povo e da opinião pública em geral, tudo dentro de uma concepção democrática do poder.⁶

Embora boa parte da doutrina esteja de acordo no sentido de que a fundamentação é (i) uma garantia contra o arbítrio judicial, (ii) condição para a imparcialidade do juiz, (iii) ferramenta para que se possa controlar a conformidade das decisões ao direito e que (iv) desempenha tanto funções endoprocessuais, tendentes a viabilizar a impugnação das decisões, quanto extraprocessuais, para que não somente as partes possam estabelecer constrangimentos epistemológicos às decisões proferidas pelo Poder Judiciário⁷, existem diferentes versões acerca de quais são os critérios para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada. Muitas destas, no entanto, não guardam conformidade com o Constitucionalismo Contemporâneo e com o Estado Democrático de Direito. Diante desse quadro, no próximo item, iremos oferecer, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, o devido contraponto a essas “versões fracas” do dever de fundamentação.

3 VERSÕES FRACAS DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O SEU CONTRAPONTO A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Não é incomum encontrarmos, no âmbito dos Tribunais brasileiros, a presença de versões fracas acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de concepções

que, em linhas gerais, restringem o dever fundamentação a um mero ônus de justificar desprovido de qualquer conteúdo. Dito de outro modo, a fundamentação transforma-se num ato meramente protocolar, um requisito que, para ser cumprido, não depende de maior esforço por parte do órgão julgador. Assim, bastaria que o juiz apresentasse qualquer justificativa à decisão judicial para considerá-la fundamentada.

Tais acepções a respeito do dever de fundamentação servem somente para mascarar um perfil nada democrático de prestação jurisdicional, em que o magistrado não precisaria pagar tributo ao próprio direito, ou seja, vale o que foi decidido, ainda que com base em argumentos morais, políticos e pragmáticos. No fim, acaba-se confundindo decisão com escolha, o que inviabiliza qualquer tentativa de controlá-la pelo próprio direito. Desse modo, tendo em vista que essas concepções se encontram arraigadas ao senso comum teórico dos juristas e, principalmente, na forma como juízes e Tribunais brasileiros fundamentam suas decisões, é tarefa da doutrina apontá-las e combatê-las.

3.1 DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO “SUFICIENTE” AO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO COMPLETA: DA INEXORÁVEL RELAÇÃO ENTRE DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E CONTRADITÓRIO

Antes do advento do novo Código de Processo Civil, havia quem sustentasse uma diferença entre decisões não-fundamentadas, decisões mal fundamentadas e insuficientemente fundamentadas.⁸ Outra distinção que se fazia era entre decisões “suficientemente fundamentadas” nas quais deveriam constar todos os elementos que o juiz levou em conta para decidir e “decisões completas”, nas quais deveria também constar “elemento fáticos e/ou jurídicos que, segundo as partes, ou segundo uma das partes, deveriam ter sido levados em conta pelo juiz para decidir.”⁹ Chegava-se a afirmar que sentenças poderiam ter fundamentação suficiente, ao passo que acórdãos proferidos pelos Tribunais locais - para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, por força da exigência do prequestionamento - deveriam fundamentar de modo completo.¹⁰

Mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, não é incomum que juízes e Tribunais sustentem a inexistência de um dever de enfrentar, de modo detido, todos os argumentos deduzidos pela parte no processo. Essa postura é somente o reflexo de um protagonismo judicial incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que neste as partes deixam de ser vistas como se estivessem sujeitas ao árbitro de um juiz que figura como “dono do processo.”

Assim como o dever de fundamentação somente pode ser compreendido na sua historicidade, também o direito ao contraditório não se mostra indiferente às circunstâncias da época em que é problematizado.¹¹ Com efeito, a visão clássica do contraditório - outrora compreendido *exclusivamente* como proibição de decisões *inaudita altera parte* - própria de

uma estrutura procedimental dirigida a uma espécie de formação unilateral de provimentos judiciais centrada no juiz,¹² cede espaço para uma noção de contraditório estruturada a partir de um direito de participação das partes no processo e na formação dos provimentos judiciais.¹³ Isso, obviamente, coloca em xeque velhos dogmas do processo civil, como a artificial noção de que as partes teriam a tarefa exclusiva de trazer fatos ao processo e que as questões jurídicas seriam apanágio do juiz.¹⁴

Concebido o processo como verdadeira instituição de garantia, é inconstitucional qualquer tentativa de legitimar, a partir de brocardos jurídicos que nada mais são que álibis em favor do arbítrio judicial, como é o caso do conhecido “*iura novit curia*”, uma espécie de expectativa fiel das partes sobre a capacidade do juiz encontrar corretamente e solitariamente a melhor solução jurídica para os fatos da causa.¹⁵ Nesse sentido, mesmo sem nenhum contato com as posições teóricas que alicerçam o presente ensaio, há quem diga, na doutrina processual italiana, que deve ser afastada qualquer forma de *solipsismo processual* do magistrado mesmo naquilo que lhe é dado conhecer de ofício.¹⁶ Seja quanto aos fatos que porventura o juiz possa conhecer de ofício,¹⁷ seja quanto à chamada qualificação jurídica dos fatos da causa, é indispensável a *participação* das partes na formação do provimento jurisdicional.

Com essa roupagem, o contraditório pode ser visualizado a partir de um duplo enfoque: sob um aspecto positivo, significa um verdadeiro direito de influir sobre a elaboração do provimento judicial;¹⁸ sob um aspecto negativo, constitui uma proibição às chamadas decisões surpresas, também conhecidas como juízos de *terceira via*,¹⁹ ou seja, como um caminho diverso daquele desenvolvido pelas partes em contraditório.²⁰ Nas duas facetas do contraditório, o que importa revelar é a posição ocupada pelo juiz, o qual passa também a ser sujeito do contraditório em franco diálogo com as partes.²¹

O artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro é, sem dúvida, um dos mais importantes dispositivos do Código, na medida em que alberga essa nova roupagem do contraditório, inserindo o próprio juiz no debate processual, ao proibi-lo de proferir decisão, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Desse modo, garante-se uma verdadeira proteção às partes contra o perigo de eventuais surpresas.²² A abrangência dessa proteção é bastante ampla, devendo-se entender por fundamentos da decisão *todas as questões, processuais ou materiais, idôneas a repercutir no deslinde da controvérsia*.²³ Assim, *qualquer ponto revelado ao juiz, que seja idôneo a influenciar as decisões, pode comportar, independente da natureza da questão revelada, a exigência das partes de contradizer a respeito*.²⁴ Isso abarca tanto a *aplicação de normas jurídicas diversas daquelas invocadas pelas partes*,²⁵ quanto a atribuição de relevância a elementos fáticos que não foram debatidos entre as partes.²⁶ Há, por conseguinte, uma exigência de uma prevenção de qualquer decisão surpresa.²⁷

O aspecto ativo do contraditório, visualizado como direito de influência, guarda inextricável relação com o princípio da fundamentação das decisões. O contraditório, nesse viés, compreende poderes que correspondem a uma possibilidade de participar ativamente do desenvolvimento do processo e, portanto, de influir sobre os provimentos do juiz.²⁸ O contraditório, com efeito, não é só informação, mas também participação em toda a atividade processual, de modo que essa participação seja efetivamente capaz de influir no resultado do processo.²⁹

A compreensão do princípio do contraditório como verdadeiro direito de influência somente tem relevância se contrastada com o princípio da fundamentação das decisões. Nisso reside um dos pontos mais sensíveis do Novo Código, que, na contramão da prática judiciária brasileira, incorporou, no seu artigo 489, §1º, uma série de critérios para balizar o conceito de decisão fundamentada, dentre eles, a previsão do inciso IV do mencionado dispositivo, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”.³⁰

Cabe lembrar, utilizando as palavras de Ovídio Baptista da Silva, que “*o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas*.”³¹ As partes têm, portanto, “*o direito a uma resposta*,”³² que compreende “*o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes*.”³³

Sob essa perspectiva, cabe ressaltar que a fundamentação é, também, uma espécie de resposta ao princípio do contraditório. Dessa forma, o juiz pode até considerar errados os argumentos das partes, mas deve, para resguardar o contraditório como direito de influência, levá-las em consideração, fazendo menção expressa às teses propostas pelos sujeitos processuais. Trata-se do dever de atenção às alegações, intrinsecamente coligado ao dever de fundamentação das decisões estatais e ao correlato direito dos cidadãos de verem as suas linhas argumentativas consideradas pelo juiz (*Recht auf Berücksichtigung*).³⁴ Por sinal, há mais de uma década, o Supremo Tribunal Federal sustentou que a “*pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador*.”³⁵ Embora esse mesmo Supremo seja também exemplo de vários outros casos em que o dever de fundamentação (completa) não é respeitado, isso não permite que se possa reduzir as exigências impostas pelo dever de fundamentação. Afinal, a fundamentação da decisão se revela como sendo o principal mecanismo para que as partes possam verificar se suas atividades defensivas foram efetivamente respeitadas.³⁶ Somente haverá fundamentação “completa” quando ela abranger as razões pelas quais o juiz recusou os argumentos deduzidos pelas partes.³⁷

Portanto, o direito das partes em obter decisões fundamentadas é dependente do respeito ao contraditório, este compreendido como garantia da possibilidade da influência (e

efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão, que deve explicitar o *iter* percorrido no processo,³⁸ com o enfrentamento dos argumentos deduzidos pelas partes. Sem esse mínimo necessário, qualquer decisão judicial será considerada carente de fundamentação e incorrerá em violação aos artigos 10 e 489, §1º, do Código de Processo Civil brasileiro.

3.2 DA FUNDAMENTAÇÃO COMO “JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS ESCOLHAS DO JUIZ PARA DECIDIR” À FUNDAMENTAÇÃO COMO EXPLICITAÇÃO DA COMPREENSÃO

Muitos autores que defendem um dever de fundamentação completa, ainda assim, possuem uma visão limitada a respeito do tema na medida em que, embora busquem estabelecer critérios para que uma decisão esteja devidamente fundamentada, partem do pressuposto de que seja possível cindir fundamentação e decisão. Desse modo, fundamentar uma decisão consistiria simplesmente na construção de uma justificativa racional para a decisão judicial, tomada posteriormente ao decidido mediante argumentos muitas vezes capazes de encobrir as razões subjacentes à decisão.

Nesse sentido, por exemplo, Taruffo levanta a seguinte questão: “formular uma decisão e expor as razões através das quais ela deve ser considerada pelos outros como uma boa decisão são atividades diversas.”³⁹ Desse modo, a fim de confirmar a ausência de uma necessária correspondência entre decisão e fundamentação, afirma que uma decisão tomada intuitivamente, ou ainda de modo irracional, poderá ser justificada *ex post* com argumentos racionalmente convincentes, da mesma forma que uma decisão tomada por meio de um raciocínio irracional poderá ser justificada em modo racionalmente inadequado ou não ser justificada de fato.⁴⁰ Com efeito, a fundamentação deveria ser estruturada de modo a *justificar* a decisão. Não se trataria de um controle do que o juiz pensou, mas da racionalidade das razões que ele aduziu para justificar o que decidiu: “o controle sobre a motivação não é um controle sobre a validade e fundamentação das decisões feitas, mas sobre a validade e fundamentação das razões pelas quais o juiz se serve para tornar aceitável ‘aos outros’ a sua decisão.”⁴¹ Essa justificação teria um conteúdo mínimo consistente no enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis e às consequências jurídicas delas decorrentes, os nexos de implicação e coerência entre os enunciados fáticos e jurídicos e, por fim, a justificação dos enunciados tomada racionalmente em face do ordenamento jurídico.⁴² Dessa forma, fundamentar a decisão, em termos processuais, equivaleria a uma justificativa tomada em momento posterior a partir de elementos jurídico-racionais. Dito de outro modo, a justificação estaria em um segundo nível em relação à decisão e àquilo que efetivamente fundamentou o decidido. Em uma perspectiva hermenêutica, diríamos que, segundo essa perspectiva, o problema da fundamentação das decisões estaria limitado ao *logos apofântico* e a uma possibilidade de fazer enunciações descoladas do *como hermenêutico*.⁴³

Em uma tentativa de sofisticar ainda mais essa versão que também denominaremos de fraca acerca do dever de fundamentação, alguns setores da doutrina processual vêm utilizando-se de conceitos oriundos da filosofia, mais precisamente a diferença entre *contexto da descoberta* e *contexto da justificação*. Nesse sentido, Marinoni, Mitidiero e Arenhart referem que pouco importa o contexto da decisão (*context of discovery*), na medida em que interessa para a aferição da sua validade somente o contexto da justificativa (*context of justification*), ou seja, as razões que foram invocadas para a sua justificação.⁴⁴

É importante esclarecer que suposta dicotomia entre fundamentação e justificação, que remete a uma suposta cisão entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação, remonta a certos paradigmas filosóficos, como é o caso da filosofia analítica, do empirismo lógico e do positivismo dos filósofos do círculo de Viena, podendo ser citado o exemplo de Herbert Feigl, que via no contexto da justificação “*uma reconstrução lógica das estruturas conceituais e dos testes das teorias científicas.*”⁴⁵ Referida cisão, no final das contas, representa uma espécie de primazia do contexto da justificação, ignorando-se a questão da dobra da linguagem tão cara à hermenêutica filosófica e à filosofia hermenêutica. Trata-se, portanto, de uma postura que somente poderia ser recepcionada à luz de uma “hermenêutica metodológica”, cuja atividade e validade se encontra reduzida ao nível do *logos apofântico*, em detrimento do ainda-não-dito. Ela delimita o interpretar ao mundo do dito, ignorando sua outra margem, o não-dito, como se houvesse uma conversão dos sentidos do plano hermenêutico para o apofântico.⁴⁶

Cabe lembrar que o *como apofântico* trata daquilo que é expressável em locuções ou enunciados. No entanto, esse expressar sempre chega depois, ele é antecedido por uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí.⁴⁷ Partindo dessas bases, a filosofia hermenêutica ofereceu um novo olhar sobre a dicotomia *contexto da descoberta* e *contexto da justificação*. O *contexto da descoberta* não constitui em si uma operação lógica, de modo que as proposições aí produzidas sob o império da presunção de uma totalidade lógica terão que revelar sua consciência no contexto de justificação. O *contexto da justificação* é uma *parada metodológica*. É então que a antecipação de proposições é ou não confirmada em sua coerência interna. Esta é a situação hermenêutica produzida pelo caminho da analítica existencial: nela o feixe de pressuposições - antecipações confirmadas - representa o momento de consciência do “método”, a consciência da boa circularidade. Conforme Stein, o contexto de justificação em *Ser e Tempo* é coincidente com a situação hermenêutica. A partir daí, o caminho andado da provisória analítica do cotidiano - significando análise do objeto com uso implícito do método - se revela retrospectivamente válido, e a consciência do método permite refazer, já com a totalidade antecipada, em uma operação de antecipação de sentido, confirmada e justificada, a analítica existencial sob o signo da antecipação exitosa. Na condição produzida pelo “encurtamento hermenêutico”, em que está excluída a fundação (justificação), quer por uma proposição cosmológica, quer por uma proposição teológica, as proposições da analítica existencial só podem ser produzidas com sentido, por

meio da boa circularidade da antecipação de sentido. Isso quer dizer que a totalidade é presumida (no contexto da descoberta) e explicitada no momento da situação hermenêutica (no contexto da justificação). Desse modo, *explicitação do método coincide com explicitação do objeto de toda analítica*, ou em outras palavras: a justificação do modo de proceder coincide com o resultado da própria exposição do objeto.⁴⁸

Portanto, há um grave equívoco filosófico, incompatível com a Crítica Hermenêutica do Direito, em aceitar uma cisão entre o momento decisório e o ato de fundamentação. Não que Michelle Taruffo, por exemplo, ingenuamente acredite que a fundamentação venha depois do que foi decidido, porém ele parece considerar impossível um controle da fundamentação e, por isso, acredita que bastaria ao julgador formular a decisão e depois expor as razões pelas quais ela deveria ser considerada pelos outros como uma boa decisão. E, com isso, ele acaba aceitando que o verdadeiro fundamento, aquele que acompanhou a decisão, seja mascarado por uma justificação posterior fundada em critérios jurídico-rationais, ou seja, coerentes e universalizáveis.

Há muito, pela Crítica Hermenêutica do Direito, tem-se advertido que “*o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento.*”⁴⁹ O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Isso porque há um sentido que é antecipado ao julgador, do qual “*a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento.*”⁵⁰ É claro que o julgador, em um segundo momento, poderá aprimorar o fundamento, utilizando-se, por exemplo, da doutrina e da jurisprudência, e deverá, ainda, submeter seus prejuízos a respeito da decisão e do seu fundamento em causa, ao crivo dos argumentos deduzidos no processo (e também do que é colocado pela doutrina e pela jurisprudência), dizendo expressamente porque repeliu os argumentos utilizados pelas partes, levando-se em consideração que a fundamentação é o *locus* de resposta ao direito de influência decorrente do contraditório.⁵¹ Fazendo isso, o julgador estará colocando em xeque o próprio fundamento que o levou a decidir, de modo que, nesse processo decisório, poderá haver diversos fundamentos e decisões até que se chegue à resposta adequada ao caso concreto, a partir da (boa) circularidade hermenêutica.

Nessa senda, afigura-se inconcebível admitir que o juiz possa justificar a decisão de modo a mascarar os verdadeiros fundamentos que são inexoráveis à decisão. A falsa ideia de que a decisão se traduz na possibilidade de o juiz fazer escolhas, acaba servindo de alibi para que a fundamentação não venha explicitada na decisão. Por isso que fundamentar não significa encobrir o fundamento a partir de uma simples “justificação racional”, mas, sim, deixá-lo vir à tona. Cumpre com o dever de fundamentação o julgador quando explicita o compreendido. No entanto, “explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido.”⁵²

Aqui entra em jogo o problema de se admitir inúmeras respostas para cada caso. Ora, a aceitação desse pressuposto - que, diga-se de passagem, é incompatível com o dever de

integridade previsto no art. 926 do Código de Processo Civil - legitima que o juiz primeiro decida e, posteriormente, busque argumentos racionais para justificar a sua decisão, como se a fundamentação fosse apenas uma capa de sentido. Com efeito, permite-se que seja encoberto aquilo que serviu de fundamento para a decisão, de modo que fundamentar passa a significar uma justificativa (dentre as tantas possíveis) para a decisão. Desse modo, deixa-se de exigir do julgador que, para decidir, coloque em xeque seus pré-juízos diante da Constituição, da lei, da doutrina e da jurisprudência. Dito de outro modo, basta que o julgador encontre argumentos dotados de racionalidade para que sua decisão se considere fundamentada.

Portanto, o dever de fundamentação não pode ser encarado como um simples dever de justificação. O art. 93, IX, da Constituição Federal somente será respeitado quando o julgador se desincumbir do ônus de demonstrar que sua decisão é correta, que está fundada em prejuízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepõe ao direito a sua história institucional, levando-se em consideração o contexto circunstancial dos fatos definidor do caso concreto. Com efeito, não se encontrará cumprido o dever de fundamentação somente com a menção a critérios lógicos, sendo indispensável colocar o sentido ventilado na decisão no contexto da história institucional do direito.⁵³

3.3 PRECEDENTES NÃO SERVEM PARA DESONERAR O JULGADOR DE FUNDAMENTAR

Não é de hoje que, sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito, tem-se denunciado os riscos decorrentes da utilização de mecanismos vinculantes no direito brasileiro, principalmente no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais. Há muito, súmulas, ementas e outros expedientes vêm sendo utilizados como enunciados assertóricos vocacionados a oferecer, de antemão, respostas antes das perguntas. E, para piorar, criou-se um modo de operar por parte de juízes e Tribunais mediante o qual estes se veem desonerados de fundamentar suas decisões, optando pelo caminho da “simplicidade”: basta invocar julgados anteriores e, assim, o órgão julgador não precisará fazer menção a um dispositivo legal sequer na sua decisão.⁵⁴ Simples, não?

Essa forma de encarar o dever de fundamentação goza de um visível déficit democrático. Trata-se de um expediente rasteiro que atua em dois sentidos: de um lado, importa num incomensurável reforço de poder em favor dos Tribunais Superiores, na medida em que juízes e Tribunais do andar de baixo transformam-se em verdadeiros “boca do precedente”; por outro, reduz o nível de qualidade das fundamentações das decisões judiciais, pois juízes de diferentes Tribunais são seduzidos pelo caminho facilitado de justificar suas decisões a partir de “precedentes de prateleira” que são “comprados” na exata medida em que servirem para subsidiar o discurso de justificação da decisão.⁵⁵ Sob essa ótica, o “precedente” acaba servindo para confirmar a decisão (*confirmatio in bias*) atendendo às preferências do julgador, em uma espécie de “*self service* insano”, tudo ao “gosto do intérprete.”⁵⁶

Note-se que, no *common law*, a aplicação de precedentes é analisada pelo juiz levando em consideração os fatos e partindo deles.⁵⁷ Trata-se de algo muito distante daquilo que - de modo equivocado - acontece no direito brasileiro, em que uma suposta “armação normativa” construída a partir de conceitos sem coisas balizaria a seleção dos fatos relevantes da controvérsia.⁵⁸ Desse modo, pode-se dizer que, no *common law*, a chave do *judicial reasoning* está na decisão sobre semelhança e diferença entre os casos e, portanto, antes de tudo, na escolha dos aspectos, dos elementos, das características e dos perfis a assumir como termos de referência de semelhança e diferença.⁵⁹ Portanto, quando os fatos relevantes usados pela Corte para proferir sua decisão no caso precedente são suficientemente semelhantes àqueles do caso apresentado para julgamento, estará justificada a aplicação daquele como vinculante, desde que a regra de direito aplicada naquele caso não tenha sido modificada pelo legislador.⁶⁰ Portanto, é o caso futuro que determinada se o caso precedente será vinculante ou não.⁶¹

Desse modo, os incisos V e VI do art. 489 do CPC devem ser lidos na sua melhor luz, para que não sirvam de álibi retórico em favor de decisões que se limitam a enunciar supostos “precedentes” como fundamentação. Desse modo, ainda que a decisão invoque algum mecanismo vinculante como base para a sua fundamentação, isso não significa que o juiz esteja desonerado de oferecer a melhor resposta para o caso à luz da Constituição e da lei. A invocação do “precedente”, como bem aponta Juraci Mourão Lopes Filho em excelente obra sobre o tema, não pode se dar de modo reducionista, desconsiderando-se os amplos aspectos hermenêuticos envolvidos na solução anterior e no novo caso em que está inserido.⁶² Isso impõe que, ao ser utilizado um precedente no bojo da fundamentação da decisão judicial, deve ser realizada uma reconstrução da história institucional do direito, com a perquirição do DNA dos casos pretéritos mencionados, os quais devem ser devidamente relacionados e contrastados com o caso decidendo.

Por outro lado, a previsão do inciso VI do artigo 489 do CPC, ao estabelecer que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”,⁶³ não significa uma obediência cega aos mecanismos vinculantes previstos no art. 927 do CPC. Na verdade, o inciso VI do art. 489 consiste em uma espécie de desdobramento do dever de fundamentação completa, pois prevê que o juiz não poderá deixar de enfrentar argumentos oferecidos pelas partes com base em “mecanismos vinculantes”. Até porque o art. 927 do CPC diz que referidos mecanismos devem ser *observados*, e não que devem sempre ser seguidos, como se fossem uma espécie de “enunciação suprema acerca do sentido do direito” superior às leis e à própria Constituição. Eles devem ser explorados, portanto, a partir do dever de coerência e integridade previsto no art. 926 do CPC, o que irá repercutir diretamente nos contornos do dever de fundamentação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É bem verdade que, ao longo do tempo, o dever de fundamentação sofreu transformações, sem, contudo, perder seu caráter essencial de garantia contra o arbítrio judicial. Porém, ele deve ser contextualizado a partir dos paradigmas do Constitucionalismo Contemporâneo e do Estado Democrático de Direito, nos quais não mais se admite que o Direito seja predado por discursos morais, políticos e pragmáticos.

Desse modo, não se admite, na atual quadra da história, que o dever de fundamentação continue sendo encarado como um mero ônus de justificação racional das escolhas do juiz. Decisão não é escolha, mas, sim, um ato de responsabilidade política da magistratura. Com muito esforço, o Direito conquistou sua autonomia, de modo que não faz sentido fragilizá-la admitindo que o juiz cumpre com o dever de fundamentação tão somente apresentando justificativas racionais para a sua decisão. As decisões judiciais devem ser fundamentadas *no* direito.

Juízes e Tribunais não têm o dever de proferir qualquer decisão. Devem se empenhar para proferir a decisão correta para o caso (adequada à Constituição); e não basta qualquer fundamentação. As partes, em qualquer processo jurisdicional, têm o direito fundamental a que as decisões sejam uma espécie de empreendimento democrático, em que os seus argumentos sejam levados a sério e que a autonomia do direito seja respeitada, esforçando-se o órgão julgador para mostrar que a decisão em questão é a melhor, de acordo com o direito, para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ANZON, Adele. **Il valore de precedente nel giudizio sulle leggi**. Milano: Giuffrè, 1995.
- BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 65, n. 2, p. 399-415, 2010.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**. **Rivista di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 2005.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões In: TUBENCHLAK, James (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 3.
- CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: STUDI in memoria di Salvatore Satta. Padova: Cedam, 1982. Volume primo.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada: conceitos: nulidades. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 65, nov. 1995.
- COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos estados unidos: o sistema de precedente vinculante do common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Terza via e processo giusto. **Rivista di diritto processuale**, Padova, n. 2, 2006.

_____. Il “giusto processo” civile in italia e in europa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 97-158, 2004.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d´ufficio e contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 23, p. 217-231, 1968.

FEIGL, Herbert. A visão “ortodoxa” de teorias: comentários para defesa assim como para crítica. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 265-277, 2004.

GOODHART, Arthur L. The ratio Decidendi of a Case. In: **JURISPRUDENCE in action: a pelader´s Anthology**. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953.

GOTTHEIL, Julio. **Common law y civil law: el common law y nuestro sistema juridico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 65, n. 4, p. 826-848, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov. 1990.

GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopolo: Editora Unisinos, 1999.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 79-81, jan./mar. 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. **Rivista Di Diritto Processuale**, Padova, v. 55, n. 4, p. 929-947, out. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmulas, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Os Princípios do direito processual civil na Constituição de 1988. In: _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1993.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretense controverse. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 43, parte II, 1988.

PICARDI, Nicola. Audiatur et Altera Pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PISANI, Mario. Notas para a história da motivação no processo penal. **Revista de direito penal**, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 1971.

REICHENBACH, Hans. **Elements of symbolic logic**. New York: The Macmillan, 1948.

ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura**. Caxias do Sul: Educs, 2008.

SILVA, Ovídio A. Bapstista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

_____. **Seis estudos sobre ser e tempo: comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”**: o contraponto da resposta correta. Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Revista de processo**, São Paulo, v. 32, n. 143, jan. 2007.

_____. Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. **Revista de processo**, São Paulo, v. 28, out./dez. 1982.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

THOMPSON, Donald. Il precedente giudiziario nel diritto costituzionale inglese. In: LA DOTTRINA del precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale. A cura di Giuseppino Treves. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1971.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

-
- 1 Conforme Barbosa Moreira há muito advertia, “tem variado inclusive no tempo e no espaço o próprio entendimento de ‘decisão motivada’, ou, em outras palavras, a extensão dos requisitos que se hão de satisfazer para que se tenha por cumprido o dever de fundamentar os pronunciamentos judiciais” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**: temas de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 86.
 - 2 LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 79-81, jan./mar. 1983.p. 80.
 - 3 Essa concepção está presente na “pragmática n.º XXVIII”, do Rei Fernando IV de Bourbon, a qual, segundo Mario Pisani, estabeleceu, pela primeira vez na Itália pré-unitária, a obrigatoriedade de motivação: “Encare Sua Majestade que os julgamentos devem ser o mais possível escoimados do arbítrio, e bem assim devem ser os Juízes preservados de qualquer suspeita de parcialidade; por isso, e para isso, as decisões devem fundar-se não já na pura autoridade dos Doutores, que, infelizmente, com as suas opiniões, têm alterado o direito, ou têm-no tornado incerto ou arbitrário, mas nas leis, expressas do reino, ou mesmo comuns. Se não houver lei expressa para o caso de que se trata, devendo-se então recorrer à interpretação ou à extensão da lei, quer o Rei que isso seja feito pelo Juiz de tal modo que as duas premissas do raciocínio sejam sempre fundadas em leis expressas e literais. E quando o caso for totalmente novo, ou inteiramente duvidoso, de sorte que não possa haver decisão dentro da lei, nem ao amparo da lei, quer o Rei que lhe seja dito caso encaminhado, e se aguarde o seu Soberano Pronunciamento” PISANI, Mario. Notas para a história da motivação no processo penal. **Revista de direito penal**, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 1971. p. 68.
 - 4 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**: temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 85.
 - 5 TARUFFO, Michelle. Il Significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 38.
 - 6 TARUFFO, Michelle. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975. p. 237.
 - 7 Nesse último sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro / coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
 - 8 Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro dizia que, na hipótese de decisão malfundamentada, não há que se falar em nulidade, mas, sim, em utilização do meio de impugnação contra ela cabível. Assim, quando o juiz se equivoca ao apreciar as questões de fato e/ou de direito que lhe foram submetidas, a decisão está, em princípio, errada, mas será válida. O mesmo, para ele, não corre com a decisão sucintamente fundamentada, que, embora possa pecar pela má-técnica, não são nulas. Entretanto, a sentença com fundamentação sucinta não deverá

- ser confundida com a sentença deficiente, incompleta em sua fundamentação CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada: conceitos: nulidades. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 65, nov. 1995. p. 8-9.
- 9 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 352.
 - 10 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 390
 - 11 Sobre o tema, ver PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
 - 12 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009. p. 117. Essa perspectiva, como bem mostra Nicola Picardi, deve-se à passagem do medievo para modernidade, do *iudicium* para o *processus*, que traduz uma mudança no modo de conceber o fenômeno processual. Nesse sentido, com o jusnaturalismo moderno, já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética de investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava, assim, o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “*provável*” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, pré-constituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empirísticos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “*material*” ou com a “*formal*”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem o contraditório (...) O novo *ordo*, sob a direção do juiz, apresenta, de maneira definitiva, um caráter “*assimétrico*”, na medida em que fundamentalmente apoiado sob a autoridade, a hierarquia e a lógica burocrática. De resto, já Leibniz havia redimensionado a função do advogado, sustentando que o juiz é, de ofício, o advogado geral das partes (PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136-137).
 - 13 CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: STUDI in memoria di Salvatore Satta. Padova: Cedam, 1982. Volume primo. p. 210.
 - 14 NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretense controverse. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 43, parte II, p. 724-725, 1988.
 - 15 BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101, comma 2°, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 65, n. 2, p. 399-415, 2010. p. 408.
 - 16 GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 65, n. 4, p. 826-848, 2010. p. 826.
 - 17 O juiz pode, portanto, participar da construção do edifício do fato, salvo quando se trate de fatos constitutivos individualizadores do direito (porque do contrário estaria o juiz a estabelecer o objeto do processo) ou fatos impeditivos, modificativos e extintivos objeto de exceções em sentido estrito, reservados à parte (nesse caso, a vontade da parte em servir-se da eficácia jurídica daquele fato é elemento constitutivo da exceção). Ocorre, porém, que apresente o conhecimento do fato ao contraditório das partes e que estas últimas tenham a possibilidade de livremente se defender. (BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101, comma 2°, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 65, n. 2, p. 399-415, 2010. p. 406).
 - 18 COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*, São Paulo, n. 116, p. 132, ago. 2004.
 - 19 GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 65, n. 4, p. 826-848, 2010. p. 827.
 - 20 COMOGLIO, Luigi Paolo. Terza via e processo giusto. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 2, p. 758, 2006.
 - 21 Conforme Giuseppe Tarzia, “a participação no ‘diálogo’ não reclama somente que tenha havido aviso da audiência e conhecimento dos pronunciamentos emitidos pelo juiz, e, portanto, a sua comunicação, quando não tenham sido proferidos na audiência. A extensão ao juiz do princípio do contraditório, pelo menos na sua

- versão mais moderna, comporta a ideia de obrigação em relação ao próprio juiz - e, para aquilo que nos concerne, especificamente para o juiz da execução - de submeter à discussão prévia das partes as questões releváveis de ofício, sobre as quais crê necessário dever pronunciar-se (por exemplo, as questões relativas à competência, à jurisdição e outras das quais se falou acima), atuando, dessa forma, a ‘tuteladas partes contra o perigo das surpresas’, que parece ser essenciais em um processo efetivamente dominado pelo princípio que agora se está examinando”. TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. **Revista de processo**, São Paulo, v. 28, p. 74-75, out./dez. 1982. Nesse sentido, também, MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. **Rivista Di Diritto Processuale**, Padova, v. 55, n. 4, p. 929-947, out. 2000. p. 931.
- 22 TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 499.
- 23 DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 23, p. 217-231, 1968. p. 225.
- 24 GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 65, n. 4, p. 826-848, 2010. p. 837-838.
- 25 Como pode acontecer no caso no qual se modifique o título da responsabilidade de contratual para extracontratual, ou vice-versa, ou quando se entenda modificar, a respeito da opinião das partes, a natureza do contrato objeto do processo, terminando por aplicar disposições diversas com resultados e êxitos, enquanto em abstrato previsíveis, em concreto não previstas pelas partes. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 65, n. 4, p. 826-848, 2010. p. 836.
- 26 Como poderia ocorrer no caso no qual, em uma controvérsia referente ao objeto da responsabilidade, o órgão judicante decida a causa com referência ao nexo causal frente a uma contestação do dano inerente ao elemento exclusivamente subjetivo. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 65, n. 4, p. 826-848, 2010. p. 838).
- 27 COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in italia e in europa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 97-158, 2004. p. 132.
- 28 TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: **ESECUZIONE forzata e procedure concorsuali**. Milano: Cedam, 1994. p. 60
- 29 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os Princípios do direito processual civil na constituição de 1988. In: _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 243
- 30 THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- 31 SILVA, Ovídio A. Bapstista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006. p. 340.
- 32 SILVA, Ovídio A. Bapstista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006. p. 340.
- 33 SILVA, Ovídio A. Bapstista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006. p. 340.
- 34 CABRAL, Antônio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. **Rivista di diritto processuale**, Padova, p. 456-57, 2005.
- 35 BRASIL. STF, Segunda Turma, ROMS nº 24.536-4, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 2/12/2003. D. J. de 05.03.2004. Para um aprofundamento do tema, ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 611-620.
- 36 TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione. Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 460.
- 37 SILVA, Ovídio A. Bapstista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006. p. 340.
- 38 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro / coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17-18.
- 39 TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Revista de**

- processo, São Paulo, v. 32, n. 143. jan. 2007. p. 76.
- 40 TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Revista de processo**, São Paulo, v. 32, n. 143. jan. 2007. p. 76.
- 41 TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Revista de processo**, São Paulo, v. 32, n. 143. jan. 2007. p. 75.
- 42 TARUFFO, Michelle. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975. p. 467. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov. 1990. p. 8-9.
- 43 Como bem assinala Stein, com base em Heidegger, “a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o *como* e o *logos hermenêutico*. Heidegger irá designar esses dois *como*, um deles o *como* hermenêutico e o outro o *como* apofântico. O enquanto hermenêutico ou o *como* hermenêutico, é o *como* do mundo, e o outro, o *como* apofântico é o *como* do discurso. O *como* hermenêutico é o *como* do nosso mundo prático em que nós já sempre compreendemos as coisas e, por isso, podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos. A racionalidade, portanto, se constitui sempre de uma certa maneira ambígua. Seja-nos permitido usar esta palavra: Há uma ambiguidade fundamental no homem e por haver esta ambiguidade fundamental é que estamos condenados à hermenêutica. A compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias. Em todo caso quem tem consciência disso é apenas a filosofia”. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 21-22. Como será visto mais adiante, o problema da fundamentação das decisões judiciais não se resolve no nível apofântico da linguagem.
- 44 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 411-412.
- 45 FEIGL, Herbert. A visão “ortodoxa” de teorias: comentários para defesa assim como para crítica. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 265-77, 2004. A distinção tem origem no pensamento de Hans Reichenbach, que distingue o modo de o pensador encontra o seu teorema e o modo de apresentá-lo ao público. REICHENBACH, Hans. **Elements of symbolic logic**. New York: The Macmillan, 1948.
- 46 ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura**. Caxias do Sul: Educus, 2008. p. 42.
- 47 GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.
- 48 STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ser e tempo: comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 59-61.
- 49 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 180.
- 50 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 180.
- 51 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões In: TUBENCHLAK, James (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 3. p. 12.
- 52 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 398. Conforme Streck: “Quando sustento o dever de *accountability*, não estou simplesmente dizendo que a fundamentação ‘resolve’ o problema decorrente, por exemplo, do livre convencimento, da livre apreciação da prova ou da admissão *lato sensu* da discricionariedade. Por favor, não é isso que estou dizendo. *Accountability*, nos moldes em que proponho, quer dizer *fundamentação da fundamentação*. Isso quer dizer que nem de longe o problema da exigência de fundamentação se resolve no nível apofântico. Ora, com tudo o que já escrevi, eu não seria ingênuo em pensar que o ‘dever de fundamentar as decisões’ resolver(ia) o problema da decisão...! Um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão. Nela, *na compreensão*, reside a ‘razão hermenêutica’, para usar a expressão de Ernst Schnädelbach. Afinal, por que razão Gadamer diria que ‘interpretar é explicitar o compreendido’? Note-se: explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido. Esse é o espaço da epistemologia da hermenêutica. Não nos esqueçamos,

- aqui, do dilema das teorias cognitivistas-teleológicas: *não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que ‘separa’ o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou*. Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93, IX, da CF. A exigência de fundamentação não se resolve com ‘capas argumentativas’, ou seja, o juiz não deve ‘explicar’ aquilo que o ‘convenceu’...deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), em um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 398-399.
- 53 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 289.
- 54 Há muito, lembra José Carlos Barbosa Moreira que, “em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes - operação que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 - e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmulas, jurisprudência, precedente**: uma escalada e seus riscos. São Paulo: Saraiva, 2007. Temas de direito processual (nona série). p. 300.
- 55 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 165-175.
- 56 THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 353.
- 57 GOODHART, Arthur L. The ratio Decidendi of a Case. In.: JURISPRUDENCE in actione: a pelader’s Anthology. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953. p. 222.
- 58 Trata-se de um modo peculiar de conceber a aplicação do direito no âmbito da *civil law*, que tem sido objeto de crítica há mais de meio século, como se vê em GOTTHEIL, Julio. **Common law y civil law; el common law y nuestro sistema jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960. p. 100.
- 59 ANZON, Adele. **Il valore de precedente nel giudizio sulle leggi**. Milano: Giuffrè, 1995. p. 57.
- 60 COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos estados unidos. o sistema de precedente vinculante do common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 752, p. 15, 1998.
- 61 THOMPSON, Donald. Il precedente giudiziario nel diritto costituzionale inglese. In: LA DOTTRINA del precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale. A cura di Giuseppino Treves. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1971. p. 187.
- 62 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 27.
- 63 THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THE DUTY TO PRESENT THE REASONING OF JUDICIAL DECISIONS UNDER HERMENEUTICAL CRITIC OF THE LAW

ABSTRACT

Although the duty to present judicial reasoning constitutes a guarantee against the discretion of judges and courts, many conceptions about it have been serving to reinforce “decisionism” and arbitrariness. In view of the situation, the present essay seeks to offer, under the perspective of the Hermeneutical Critic of the Law, a counterpoint to these weak versions of the duty to present judicial reasoning, defending a duty to present a complete judicial based on the law, respecting, thereby, its autonomy, constituting a democratic thus respecting, as such, judicial autonomy and building a democratic enterprise in which the judge must make an effort to show that the decision in question is the best (and constitutionally adequate) for the concrete case.

Keywords: Duty to present judicial reasoning. Autonomy of the Law. Hermeneutical Critic of the Law.

Submetido: 3 abr. 2017

Aprovado: 26 abr. 2017

CONSTITUTIONAL DESIGN AND THE BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW: REMARKS ABOUT STRONG AND WEAK-FORM REVIEW IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros*

1 Introduction. 2 The Brazilian judicial review system, STF and the strong-form review. 2.1 A brief overview on the history of the Brazilian judicial review. 2.2 STF and the strong-form review in practice. 3 Variations of a weak-form review in Brazil. 3.1 The writ of injunction (*mandado de injunção*). 3.2 The action of unconstitutionality by omission (*ação declaratória de constitucionalidade por omissão*). 4 The outcomes of a judiciary reform without a political reform in Brazil. 5 Final remarks. References.

ABSTRACT

This paper discusses the constitutional design model of judicial review established in the 1988 Brazilian Federal Constitution through the classification model of strong and weak judicial review forms, generally applied to the Commonwealth countries. Since the end of the military dictatorship in the late 1980s, Brazil has been following a strong judicial supremacy with a hybrid judicial-review system concentrated very much in the Federal Supreme Court. Nevertheless, this paper argues that at the structural level Brazil's constitutional design could be understood to operate in a weak-form judicial review, where the National Congress is granted the final word on constitutional matters in some situations. This conclusion is reached by analyzing some constitutional provisions and rulings. Despite the fact that Congress rarely overrides – in a responsive manner – the Brazilian Federal Supreme Court's judicial review decisions due to political costs and agenda commitments, I argue that Brazil's weak-form can be exemplified to some extent by highlighting the effects of two different and original constitutional actions: the indirect and concrete judicial review by the writ of injunction (*mandado de injunção*), to protect fundamental rights, and the direct and abstract judicial review by the declaration action of unconstitutionality by omission (*ação declaratória de constitucionalidade por omissão*). Both legal actions transfer to the legislator the final word about constitutional issues and some empirical evidence indicates that during the 1990s the Court had a self-contained performance regarding revision power

* PhD Candidate at the University of São Paulo Law School (FD-USP). E-mail: <marcoloschiavo@gmail.com>. This paper was granted by the São Paulo Research Foundation (FAPESP) and written during my visiting research stay at University of California – Los Angeles (UCLA), School of Law. I would like to thank the comments of Professor Stephen Gardbaum, the peer reviews and the review assistance of Kevin Massoudi.

in light of constitutional omissions cases. Finally, the major goal of this paper is to enter into dialogue with the literature of the weak-form judicial review and to encourage a new discussion of application and debate of the model. After all, in an optimal constitutional rule-of-law design, not only do judges play an important role, but the participation of the legislature and executive branch are also required.

Keywords: Constitutional Design. Brazilian Federal Supreme Court. Strong-Form Review. Weak-Form Review.

1 INTRODUCTION

The Brazilian Federal Supreme Court (STF) has always been an important player in Brazilian society, it has been decisive not only in legal matters, but also in political, economic and social issues in the last decades. Created at the beginning of the Republic in 1981, the Court was always the highest judicial body and it is known as the safeguard of the 1988 Federal Constitution (CF/88). Currently, its jurisdiction is defined in Article 102 of the CF/88 that establishes a division between constitutional original jurisdiction and an extraordinary appeal jurisdiction. In brief, STF has the last word on many constitutional issues and is also the final appellate instance in the Brazilian legal system.

Despite the fact that the Court suffers under its immense workload - it does not benefit from the writ of *certiorari* - since the end of dictatorship in the late 1980s, STF started to play a direct role in the political system. In recent years the Court decided several important political controversies *vis-à-vis* legislative inaction situations, such as the recognition of same sex civil unions, the right to abortion in certain cases (like in pregnancies of fetuses with anencephaly), the implementation of public health programs, the recognition of several affirmative actions and, most recently, ensuring the legal control of the Senate's decision about the President impeachment process.

Brazilian scholarship indicates many reasons for the increased participation of STF in the political arena. We can highlight the redesign of Brazilian judicial-review by CF/88 and Amendment 45/04 (EC 45) - known as "the Judiciary Reform" - which increased the powers of the Court by fixing new channels through which any citizen could provide a direct claim;¹ the open texture of the constitutional provisions, mainly with the incorporation of principles that facilitates political debates in the judiciary;² the redemocratization process after the military dictatorship, which facilitated the thematization of certain matters in the courts;³ strategic litigation of political opposition who sees STF as an opportunity to reverse political decisions;⁴ and some rulings of the Court that strengthened and expanded its power in the last years.⁵

We can further notice that the political role of STF - carried out by proactive decisions - was built from the social frustrations in recent decades in the country. Annual

public opinion surveys and databases, like *Latinobarómetro* or *Índice de Confiança na Justiça brasileira /ICJBrasil*, reveal that the Legislature and the Executive are insufficiently responsive in relation to the demands of citizens and there is a strong common belief among society that the Judiciary is the last and only legitimate alternative for the solution of political problems in Brazil.⁶

Nevertheless, the emphasis of these analyses has fallen thus on certain bias of empirical variables of the social demands in the Judiciary. We must highlight that many cases do not reach the Court due to costs and many judicial review cases are often captured by middle-class interests, thus it is also very difficult to assert the social validity by framing cases. Strictly speaking, Brazilian constitutional history indicates that courts have been more reactive towards the protection of property and civil rights and very deferential toward the government position rather than adjudicating social and economic rights or promoting social justice.

Despite this practical perspective about judicial review, if we take a closer look at the constitutional structure, not all mechanisms of judicial review operate on the basis of a strong-form judicial review in which STF has the monopoly on the last word of a constitutional matter. Such mechanisms, on the contrary, suggest that the ideal operation would be to sustain a dialogue with the Executive branch and the Legislative, or transferring in some cases the final decision to the Legislature and minimizing the tension between the counter-majoritarian judicial control and the democratic decision-making.

From this last perspective, the paper discusses how in some situations it would be more suitable for the Brazilian high court to operate in a weak-form judicial-review, in the manner described by Mark Tushnet or Stephen Gardbaum as the new experience of constitutionalism in some Commonwealth Countries.⁷ More precisely, in some cases of legislative omission, the Constituent Assembly deliberately attributed the last word to the National Congress, which can strike down certain rulings on constitutional omission by a simple majority vote.

This hypothesis is counterintuitive and extremely problematic in view of the current role of STF in Brazilian society. However, the aim of this paper is to indicate that even in a country characterized as a strong judicial review model, there also exist mechanisms that encourage the non-monopoly of the final word by the Judiciary and it is possible to address different arrangements of the weak-form design considering the particularities of the Brazilian legal system.⁸

This paper proposes a discussion of the weak model in Brazil, highlighting its specificities and contributing to a more precise and democratic comparative discussion in Constitutional Law. Part II presents the history of judicial review in Brazil and explains the recent strengthening of the judicial review powers of STF. Part III details how despite the characterization of Brazil as having a strong-form judicial-review system, CF/88 established some mechanisms which require joint action between the Judiciary and the Legislative, and in some cases has granted National Congress the last word on constitutional matters. In this part, I argue the

possibility of applying the weak form in Brazil by discussing some empirical data, especially in the 1990s when STF had self-contained performance regarding revision power in face of constitutional omissions cases. Part IV explains that in practice and considering the reckless position of the Legislature, such mechanisms have also contributed to the strengthening of the Court's power after "the Judiciary Reform" in 2004. Nonetheless, the analysis of the strengthening of STF in recent years must be accompanied by the study of the political reform debate. Part V finally stresses that in an optimal judicial review design, not only do judges play an important role, but the participation of the Legislature and other branches of government is also required.

2 THE BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW SYSTEM, STF AND THE STRONG-FORM REVIEW

Typically, Brazil's judicial review system is conceptualized as a hybrid between the judicial review model of the United States and the European systems, but this idea of legal transplant is wrong and misleading due to the significant differences at the structural and operational level of the Brazilian legal system. All courts in Brazil have the judicial review power in concrete cases, yet only STF has the direct power of striking down statutes and executive acts.

Additionally, it is difficult to find a necessary equivalent in the US or European models of some specific mechanisms and practices of the Brazilian case, if we consider the cultural and historical differences of the development of Public Law. Brazil witnessed a significant expression of social and economic rights, re-distributional policies and public welfare-directed regulation that heavily impacted the judicial review design model in the CF/88.

This part highlights the history of the development of Brazilian judicial control and explains some of the actual tensions that STF deals with in the strong-form judicial review.

2.1 A BRIEF OVERVIEW ON THE HISTORY OF THE BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW

Brazil has had eight different constitutional experiences,⁹ with its current version of judicial review developing into what has been called a "hybrid model." The 1824 Imperial Constitution did not have any provision regarding judicial review and it was only in 1890, with the first Republican Constitution, that the US review system was adopted – it was the famous diffuse model, carried out by all courts that were responsible for constitutional control.¹⁰

Decree no. 848, of 1890, organized federal justice in Brazil and expressly provided the possibility that any court could declare the unconstitutionality of a statute. This initial Brazilian review system underwent some modification with the promulgation of the 1934

Constitution, which added the direct action of unconstitutionality intervention (*ação direta de inconstitucionalidade interventiva*). This action sought to solve the federative conflicts in the country and was to be requested exclusively by the Senate. Whenever there was a necessity for federal intervention, that action was to be carried out by a legal act and would have to be submitted to the prior control by the senators.

A second model was established by the 1937 Constitution that provided a new constitutional control by Congress, who could overrule a STF decision by a two-third majority vote. In practice, this turned out to be a powerful mechanism for the authoritarian regime of Getúlio Vargas, since the Congress remained closed during the *Estado Novo* (1937-1945) and the government assumed the legislative veto power of STF decisions.

Nonetheless, it was during the 1946 Constitution regime, more precisely with Amendment 16/1965, that the representation of unconstitutionality was established. This action inaugurated the abstract model of judicial review in the country with a special proceeding that later become known as the direct action of unconstitutionality (*ação direta de inconstitucionalidade - ADI*), to be initiated exclusively by the Attorney General of the Republic and decided by STF. Thus, since 1965, Brazil has had a hybrid judicial review system. In the abstract model, STF rulings have *ex-tunc*, *erga omnes* and binding effect on the whole Judiciary and Executive branches, and, under the diffuse model, any court—even the STF as a court of appeal - can decide any constitutional issue *incidenter tantum* and operate *ex-tunc* and *inter partes* effect. It is important to highlight that in both models the effects of the decision do not reach the Legislative.

The 1988 Constitution brought four innovations to the hybrid model: 1) the expansion of standing for the proposal of the direct action of unconstitutionality¹¹ and extinguishing the monopoly of the Attorney General; 2) allowing states to institute unconstitutionality representations of state statutes in light of state constitutions; 3) new forms of abstract review, such as the claim of breach of fundamental precept (*arguição de descumprimento de preceito fundamental*) - a direct action to protect principles present in the Constitution - and the direct action of constitutionality (*ação direta de constitucionalidade*) - a direct action that declares constitutional any law or federal norm about which there is controversy or relevant doubt as to the constitutional interpretation; and 4) the judicial review of legislative omission cases, in abstract form, by the direct action unconstitutionality by omission (*ação declaratória de constitucionalidade por omissão - ADI by omissão*), or incidentally, by the concrete control in the case of a writ of injunction (*mandado de injunção - MI*) - both cases which are examined in this paper.

The last major modifications on the hybrid model were brought by EC 45, which transformed the concrete review model in Brazil. This reform - discussed at length in the 1990s by Brazilian politicians, economists and jurists - was marked by a rationalizing discourse and one of its main goals was to overcome some severe obstacles in the Judiciary that reflected

into the economic development of the country, such as the legal uncertainty and the lack of predictability of judicial decisions.

In the case of judicial review, the reform created a new filter for the constitutional concrete review in appeal cases, called general repercussion regime (*repercussão geral*)¹², and the possibility for STF to issue binding precedents (*súmulas vinculantes*).¹³ The purpose of these mechanisms was to impart greater effectiveness to the decisions of STF when deciding cases in which there was an important divergence among judicial bodies or between such bodies and the Executive branch.

Such modifications strengthened the Court's review power even more, which now has a quasi-legislative function, and the possibility to control the docket in appeal cases when deciding in the concrete review model. Notwithstanding, over a decade after EC 45, there is still no consensus on whether these mechanisms responded positively to the problem of legal uncertainty and the predictability of judicial decisions in Brazil. The Court's workload continues to grow each year and issuance of binding precedent by STF is a very controversial issue when considering the limits of a court's powers in a Civil Law system.

We discuss in the next topic the practical consequences of the strong control of STF.

2.2 STF AND THE STRONG-FORM REVIEW IN PRACTICE

CF/88 has been as much praised as it has been criticized since its promulgation. On the one hand, the constitutional text is known as the 'citizen's constitution,' which underscores how the constitutional provisions guarantee freedoms, political participation and access to social welfare. Regarding the hybrid judicial review model, recent scholarship confirms an expansion in relation to constitutional control that is widely accessible to any individual, groups and to political actors. Its critics, on the other hand, particularly those in government, consider it a barrier to economic modernization, political governance, and there is concern about the greater power of STF in judicial review.

Given the large provision of social and economic rights, the Brazilian constitutional text is one of the world's longest written constitutions – according to data from *Comparative Constitutions Project*, if we consider length (in words) as criteria, the CF/88 (with 64.488 words) is just behind the Constitution of India (146.385) and Nigeria (66.263).¹⁴ Another interesting aspect of CF/88 is that it has constitutionalized different areas of Law, such as Private Law, Tax Law and Criminal Law. Therefore, almost all areas now befall under the control of judicial review.

For Brazilian scholars, this constitutional profile constrains the governmental agenda and forces rulers to form broad parliamentary alliances in order to change “constitutionalized policies.”¹⁵ Undoubtedly, the fact that a third of the Constitution consists of constitutionalized policies has a strong impact on presidential agendas and has historically forced successive

governments to rule by changing the constitutional framework via amendments¹⁶ or even by the judicial review mechanisms. In short, the policy-oriented constitution was a powerful incentive to strengthen court power over the last decade simply because any policy issue may come under scrutiny during judicial review. The current Brazilian model combines a policy-oriented constitution and a strong-form judicial review control carried out by STF.

However, despite the fact that STF has so much power in Brazil, constitutional control is not exclusively in the hands of the Court, since there are also provisions of prior and preventive control exercised by the Legislative and the Executive branches. The legislative control works through its mandatory committee (*Comissões de Constituição e Justiça*) that constantly analyzes the constitutionality of bills in the legislative process. In the case of the Executive, control occurs with presidential veto power.¹⁷

Another aspect to consider about the strong review control in Brazil has to do with its low functionality in practice, especially if we compare with the Colombian Supreme Court decisions that systematically challenge the Executive.¹⁸ Matthew Taylor argues, for instance, that STF has some difficulty to intervene on important policy matters, mainly because of the practical weakness of binding precedents and the formalism within the Brazilian civil law system that usually incentivizes a longer case duration.¹⁹ In addition, there is in the country an endless appeals process that reflects on the major workload of the Court.

An important report, *Supremo em Números*,²⁰ that analyzed 1,222,102 cases in STF from 1988 until 2009, revealed that almost 92 percent of cases of the Court were appeal cases and less than 1 percent were abstract judicial review cases. Quantitatively speaking STF is not a typical constitutional court, but rather it works more like a “supreme appellate court.”

Table 1 - Cases in STF from 1988 to 2009

Cases	Quantity	Percentage
Abstract judicial review	6,199	0,51%
Ordinary Appeal	95,306	7,80%
Extraordinary Appeal	1,120,597	91,69%

Source: Supremo em Números.

STF is deeply different from classical constitutional courts, since the Court decide cases that go beyond the classical judicial review model and are part of and dependent on the ordinary legal structure. Under Víctor Comella’s argument of the dualist structure that makes room for institutional variation of constitutional courts, for instance, STF could be classified as impure and not autonomous.²¹

Thus, one problem for a crystal-clear assessment of the constitutional control carried out by STF and the debate of the weak-form is that among those 92% of extraordinary appeal cases, some had outcomes as typical judicial review decision. Nevertheless, those outcomes occurred frequently and, in an incidental manner in STF, originated from appeal cases and were controlled exclusively by its Justices - there is no constitutional provision establishing any kind of institutional mechanism for a possible control of the Congress in such concrete judicial review situations.

In addition, despite taking part in important disputes of social and political conflicts, the docket of STF in abstract control has been taken by cases related to the delineation of public careers, or cases about the expansion or restraint of state bureaucracy prerogatives. According to Brazilian scholar Oliveira, STF has played the role of a true state corporate deliberation body, deciding systematically in favor of the Executive.²² In the same way, another research from Kapiszewski confirmed that STF plays a statesman character, arguing that the Court usually accommodates the interests of elected leaders in its rulings.²³

When analyzed in practice, the decisions of STF in abstract control - again, which represent less than 1 percent of the Court's workload - showcase a great deference of the Court towards the government's positions, since most cases are related to the state's bureaucracy. This confirms that in practice the Court decides more about constitutional negative rights compared to decisions on constitutional positive duties and collective rights.²⁴

Moreover, it is important to highlight that many decisions in abstract control decisions are usually denied - through 2015, 77 percent of STF judgements in abstract review were not granted, which underscores the difficulties of characterizing the Court as truly activist.

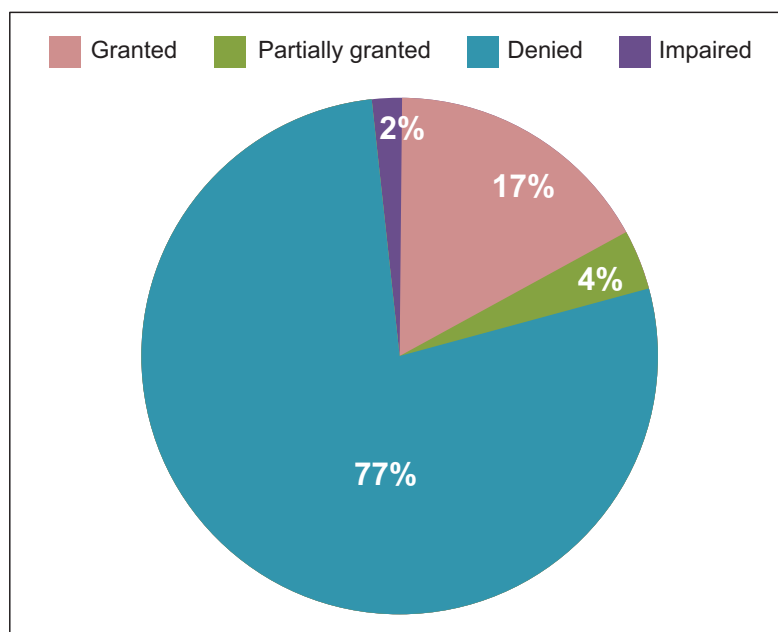


Chart 1 - Judgments by STF in abstract judicial review from 1990 to 2015
Source: STF Database.

To sum up, we will have a misleading picture of how STF operates *de facto* if we consider it only as a strong-form judicial review court. Historically the Court has been very deferential to the government and the clear majority of cases decided in abstract judicial-review were not granted; still it is important to highlight again that this represents less 1 percent of the Court's workload and that most decisions of unconstitutionality occur rather in an incidental manner as outcomes from decisions of extraordinary appeal cases.

In the next part, if we take a closer look at the constitutional structure, the current constitutional jurisdiction reveals its originality and diversity in terms of different mechanisms to protect fundamental rights and to control the constitutionality of statutes. As an example of this originality and diversity framework, I discuss the control of constitutionality by omission cases highlighting that this is not an exclusive process that depends only on the Court in Brazil. On the contrary, it requires the participation of the National Congress for settling down problems. This case interestingly indicates that, at the structural level, strong and weak-forms can coexist in a legal framework of judicial review. What this paper suggests is the need for a refinement regarding the descriptive situation and for understanding the real tensions that exist in the judicial review system in Brazil. Finally, it will be possible to question the strict and non-flexible constitutional design models of judicial-review.

3 VARIATIONS OF A WEAK-FORM REVIEW IN BRAZIL

The important debate in Comparative Constitutional Law regarding strong and weak-form judicial review has never been popular among Brazilian Constitutional Law scholarship, just as the classical distinction between abstract and concrete model. In the long run, it is possible to affirm that this debate has had a great impact in English-speaking countries, especially to differentiate and criticize the supremacy of the US judicial review system when compared to other models that exist in countries such as Canada, the United Kingdom and New Zealand, where at a structural level the final constitutional interpretation rests with the Legislature.²⁵

A possible reason for the recent and small debate about the strong and weak-form models in Brazil has to do with the fact that there is a quasi-unanimous understanding among the Brazilian legal community regarding that the strong-form is the best normative solution for the country²⁶ and a great deal of scholarship positively evaluate the Court's role as the legitimate channel for social transformation for excluded sectors in the country.²⁷ This evaluation is mostly supported by empirical data of the Brazilian society regarding the beneficial outcomes of the proactive decision of STF *vis-à-vis* the reckless actions by the Executive and the Legislative branches to implement public policies.

Despite the importance of these studies, they miss important aspects present in the strong and weak-form debate about constitutional design.²⁸ This debate embodies different

ways to structure judicial review and discuss how courts and legislatures can relate to each other. In this sense the legitimacy problem of judicial-review remains largely unabated by the Brazilian legal scholarship.

The strong and weak-form debate in Comparative Constitutional Law highlights a common concern about the design options and the everyday operation of the Judiciary and Legislature. The basic premise is to understand that in an optimal constitutional rule-of-law design not only do judges play an important role, but it also requires the participation of the Legislature and the other branches of government. Thus, it is important to understand how normative theorists and constitutional drafters deal with this equilibrium at the structural level.

Brazil is an interesting case to discuss because even if much of the normative output was to confirm the last word to STF, in some situations the National Congress has been granted the last word. The Brazilian legislature can strike down certain rulings by a simple majority when considering constitutional omission cases or even decide directly the same cases without the interference of STF.

This is not a simple truism that every legislature may take decisions without judicial interference – as derived from the principle of the separation of powers. What I argue is substantially different and related with constitutional design. Even though the dialogue and interaction between judges and legislators has not been sufficiently institutionalized in Brazil, legislative backlash spontaneously occurs²⁹ and there is still a need for further regulation and protection for a better interaction – just as pointed out by the recent debate about the draft for Constitutional Amendment n.33, of 2011, (PEC 33/11), which attempted to modify the judicial review system in Brazil,³⁰ or even for a better control of the judicial review as outcomes from extraordinary appeal decisions.

This situation can be highlighted in practice with some procedural mechanisms of the Brazilian Constitutional Law and the judicial review system.

In a very straightforward way, these mechanisms require a relevant role of the National Congress, especially in response to decisions of the action of unconstitutionality by omission (*ação declaratória de constitucionalidade por omissão* - ADI by omission) and the writ of injunction (*mandado de injunção* - MI). These are constitutional instruments that address the problem of legislative omission and the effectiveness of the constitutional text in Brazil.

In such cases, there is no conclusive or final word of the Court, because there is still a pressing need for participation and decision-making of the National Congress. STF rulings in ADI by omission or in MI are provisional and can be easily displaced by a simple majority in Congress. In the next two topics, we discuss in detail these two mechanisms.

3.1 THE WRIT OF INJUNCTION (MANDADO DE INJUNÇÃO)

CF/88 establishes a series of express fundamental rights, from individual and collective to social and economic. Most of these are established in Title II of the charter. In Brazilian Constitutional Law, all the provisions defining fundamental rights and guarantees are immediately applicable, however in some cases the Constituent Assembly established the need for a regulatory legal act in order so as to give full effective force for the constitutional provision. A good example of this situation is the right of public servants to strike. In order to fully exercise this social right, the constitutional text required specific regulation that defines the manner and the limits of the strike (Article 37, VII).

To protect this and many other fundamental rights that still depend on regulation and suffer with the omission of the Legislature or the Executive, CF/88 in article 5th, LXXI, states that “a writ of injunction (MI) shall be granted whenever the absence of a regulatory provision disables the exercise of constitutional rights and liberties, as well as the prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship.” MI is a “constitutional remedy” - just like *habeas corpus*, writs of mandamus and *habeas data* - that specifically deals with the problem of the ineffectivity of fundamental rights provisions in concrete cases. Thus, whenever a fundamental right cannot be exercised because it has not yet been enacted or regulated by a legal act, any individual has standing to file a writ of injunction.

There are two basic assumptions for filing a writ: the existence of a fundamental right and the non-existence of a regulatory provision of this fundamental right. The recent Law 13.300/2016 regulates the writ procedure and the main result of STF decision is the declaration of legislative inaction (*mora legislativa*). In this case, the Court determines a reasonable time for the responsible body to regulate the issue. The regulation, in a broad sense, must establish the conditions under which it will be possible to exercise said rights, freedoms or claimed prerogatives.

It is worth noting that MI can have some similarities with structural interdict or injunctions remedies in Common Law countries since both deal with institutional inaction.³¹ However, there are important differences that make MI very distinctive. MI is an individualized remedy that deals with the problem of non-regulation in a concrete case - a constitutional obligation of the Legislature. There is no supervisory jurisdiction, neither in the form of an order for the government to present a plan or to report back after the implementation of a program. Nevertheless, both mechanisms do not necessarily involve excessive interference with the other powers, and MI specifically was designed to grant the final word to the National Congress.

During the 1990s, one of the most controversial points regarding MI was to know the effects and extension of the court decision, especially towards the legislature. There has been a transformation in the rulings of STF about this matter, from a more self-contained to a more active adjudication regarding the statement of legislative delay.

From 1988 until the early 2000s, the predominant position of the Court when the writ was granted was only to communicate to the Executive or Legislature about the omission. In this position, STF argued that it was important to defend the strict principle of separation of powers and sustained that it could not regulate the constitutional right or determine the application by analogy of one case that already existed to regulate similar situations.

The fact is that the Court suffers from the problems of an inability to define, regulate and decide cases of legislative omission, mainly because the complexity of the issues that goes beyond mere legal reasoning. In this sense, STF transferred the final decision about the constitutional matter to the legislator, who has the discretion to fix and tailor the situation, according to the democratic process.

An important case that reflects this position was MI 107 that discussed work stability in the military. The main argument stated in the case was that the omission object of MI could not be overcome by the Court's decision since there was a constitutional demand for a political regulation carried out exclusively by Congress - and not an ordinary demand for any kind of regulation. Furthermore, the regulation of work stability of military personnel would impact the government's budget and would have far-reaching political consequences that the Court could not assess.

STF usually argued that in MI cases the decision should respect the opinion of the Constituent Assembly, so as to give the opportunity for the National Congress to decide that matter, mainly because the Legislature could discuss the issues more broadly with the Brazilian society and would be institutionally in a better position to decide *vis-à-vis* the Court's reasoning restrictions. In this sense, Justice Celso de Mello said that "STF could not replace the Legislator or Executive who were refrained from exercising its normative power. The very exception of this new legal instrument [MI] requires a strict interpretation of the Court about the constitutional principle of separation of powers."³²

It is worth noting that until 2008 the Court carried on with this position and, based on a study³³ by Paula Rodrigues Sabra, from a total of 296 MI filed cases, 202 were impaired, because the legislative inaction had been overcome by the legislator before the judgment. Thus, STF had a self-constraining position in omission cases, where issues were turned to the Legislature in order to regulate.

Another interesting fact is that most fundamental rights that depend on regulation. in Brazilian Constitutional Law, are social and economic rights.³⁴ The point is almost intuitive if we consider that social and economic rights depend on policy actions and it is certainly appropriate that the Executive and Legislature have discretion over the issue. What is revealed in the Brazilian Judiciary is that courts have reasoning problems towards the adjudication of distributive rights, weighing policy alternatives and in calculating costs and benefits.³⁵

However, based on legislative research, not a single social or economic right was regulated as a response of a MI case. Sabra's research - framed until 2008 - points out that out of all cases of legislative inaction, 98 percent had no legislative response stemming from a MI decisions.³⁶

Given the low legislative response, and with an almost entirely renewed court composition, STF reviewed its position at the end of 2007, in order to regulate the cases despite Congressional inaction. The paradigmatic decision was MI 721 that discussed the regulation of the right to special retirement of a public servant that exercised for more than twenty-five years the functions as an assistant nurse in a public hospital. Recalling article 40, §4 of CF/88, the petitioner pointed out that the lack of regulation made her unable to exercise the right to special retirement due to contact with harmful health agents and infectious diseases and materials.³⁷ During oral argument, Justice Rapporteur Marco Aurelio said that the Court should deal with the consequences of legislative inaction, and the Court regulated the right to special retirement.³⁸

Other paradigmatic cases were MIs 670, 708 and 712, filed by trade unions of public servants, seeking to ensure the right to strike for their members. The Court held by unanimous decision that the inexistence of regulation of the article 37, VII could not provoke an extreme disadvantage for the servants and determined to apply, when possible, the current law on strikes applicable to private sector workers to those in public service.³⁹ Justice Eros Grau argued in this case that it was useless just to declare the legislative inaction since this was a constitutional obligation.⁴⁰

Lastly, it is worth noting that this shift in the beginning of the 2000s illustrates the opportunity that the Court had to act strategically in order to strengthen its political powers at the same time they were deciding particular cases.

3.2 THE ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION (AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO)

A very similar mechanism to the writ of injunction is the action of unconstitutionality by omission (*ação declaratória de constitucionalidade por omissão - ADI by omission*) introduced by article 103, §2 which states, "when unconstitutionality is declared on account of lack of a measure to render a constitutional provision effective, the competent Power shall be notified for the adoption of the necessary actions and, in the case of an administrative body, to do so within thirty days."

ADI by omission is an abstract judicial review model for the specific case when there is any kind of failure in drawing up legislation in regards to a constitutional provision. The purpose of this constitutional action⁴¹ is to formally declare the Legislature inactive. Thus, also in ADI by omission - at the structure level - there is a direct transfer of the final word to Congress.

Regarding the effects of the decision of ADI by omission, STF usually notifies the responsible political branch to adopt the necessary measures. CF/88 specifies that in case of an administrative body, there is a period of 30 days to take the necessary measure. However, for legislative omission, there is no deadline given.

Since the establishment of the constitutional provision of ADI by omission in CF/88, less than 40 cases have been filed,⁴² the vast majority was not granted and there is no notice about any kind of repercussion from the National Congress as a response to a case of an ADI by omission.

ADI by omissions have not become very popular in Brazil, unlike MI, and we can suppose that this was a direct effect from its restrictions for litigation. ADI by omission is not related to any concrete case or subjective right and, like in any other abstract review case, its object is the legislation itself - statute, federal law or administrative norm. Another aspect to consider is that there is a restricted list of litigants that have standing to file direct actions of unconstitutionality.

The historical series of MI *versus* ADI by omission reveals the differences: from 1990 to 2015, STF decided 22 ADI by omission as compared to the 8,853 cases of writs of injunction.⁴³

Also, it is evident the shift occurred with the increase of MIs in 2008 when the Court reviewed its position. This series represents the expansion of the power of STF over time vis-à-vis the reckless position of the Brazilian Legislative.

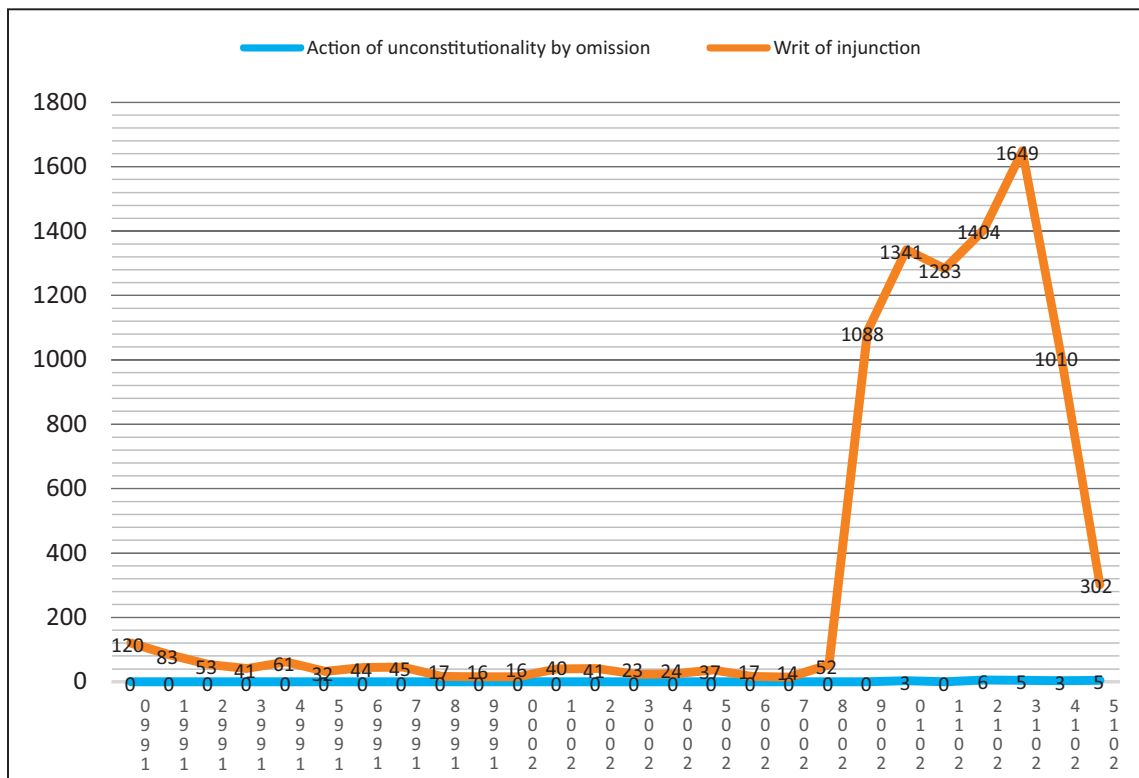


Chart 2 - Judgments by STF in cases of legislative omission from 1990 to 2015
Source: STF Database

In brief - at the structural level - the Brazilian Constitution establishes some limitations on STF having the last word on interpreting the Constitution, however, in practice there is a very low function. The Legislature has not been decisive in fixing the final constitutional issues in omission cases, and only very exceptionally has Congress responded to decisions by STF.

As a matter of fact, the Brazilian Legislature usually does not work in response, but according to its own interests, even as a veto point to the STF decisions. We can recall that in Brazil the Legislature can easily override a court decision - even in a judicial review case - by passing any statute trying to undo a previous ruling in the ordinary legislative process, a typical legislative backlash.

This situation of legislative overriding can and should reflect - at the operational level - an incentive for dialogue between the institutions, and not a mere backlash. What this paper suggests is the importance to promote a broader perspective of dialogue between the institutions, not only related with the weak-form in the previous omission cases.

The overriding of a STF decision by the Congress should not represent an affront to the judicial authority. In this sense, an important example was that of Law 135/2010, known as the Clean Slate Act (*Lei da Ficha Limpa*), that established new conditions of ineligibility for political candidates who have been convicted of a crime from running for office, which, in some way, tries to control and eradicate the corruption in Brazilian politics.

In Brazil, it was not possible to disqualify a candidate unless there was a final conviction against him and according to the Court the basis for this understanding laid in the principle of presumption of innocence. The Clean Slate Act overcame this understanding; according to the law, it would not be necessary to have a final conviction for the candidate to become ineligible. Just a simple decision made by a collegiate body (in an ordinary appeal court) was sufficient for them to become ineligible. After the Act, STF reviewed its position when, in a couple of constitutional actions, it held that the legislative response of the Clean Slate Act did not violate the principle of presumption of innocence.⁴⁴

This case, among others,⁴⁵ and the constitutional mechanics highlighted in this part show that in Brazil - at the structural level - there is no absolute and rigid judicial supremacy and it is possible to sustain, in some degree, the operation of a weak-form review. In a broader view, the emphasis here is towards the understanding of the importance of maintaining a dialogical relation between the Judiciary and the Legislature, even for the sake of the separation of powers.

The next part discusses the problems of the operation of weak-form in Brazil. I argue that the weak-form did not thrive in Brazil due to a policy of excessive recourse to the Judiciary and the problems in the political system. To some degree, this was the result of the implementation of the judiciary reform without a political reform that could have established equilibrium in the Brazilian powers during the beginning of the 2000s.

4 THE OUTCOMES OF A JUDICIARY REFORM WITHOUT A POLITICAL REFORM IN BRAZIL

It is possible to discuss the reasons for the failure of the weak-review in Brazil from the perspectives of the outcomes of the judiciary reform (EC 45). There are two main outcomes that represented the diminishing practice of the possibility of transferring the last word of constitutional issues to the Brazilian Legislature. The first consequence, as already pointed out, was the strengthening of the powers of STF, mainly because of the general repercussion regime (*repercussão geral*) for extraordinary appeals cases and the possibility of issuing precedent with binding effects (*súmula vinculante*). This first argument indicates that both mechanisms gave quasi-legislative function to the Court.⁴⁶

Nevertheless, another outcome was the incentive of the concentration of many political controversies under STF jurisdiction. This second outcome can be understood due to the previously mentioned 'constitutionalized policies' in CF/88 and to the fact that, since the 2000s, there is a strong "judicialization" (i.e., a great number of cases being brought before the Judiciary) of policy culture⁴⁷ that results from the difficulty of promoting a political reform that could better articulate the powers in Brazil.

This diagnosis is well-known in Brazilian constitutional scholarship: after CF/88 and EC 45 the Judiciary became the main form of dispute resolution in the country - only recently has Brazil adopted alternative measures of conflict resolution, such as mediation and arbitration, in the legal system. What was crucial in this case was the increase of different channels to access the highest court, confirming that judicial review started to be used as a direct policy tactic in Brazil.⁴⁸

Furthermore, another issue was that the judicial reform occurred without the debate about the need for a political reform in the country. As already mentioned, EC 45 was a long and complex legislative process that lasted for more than 12 years in Congress. The major concern at that time was to deal with the problem of judicial efficiency and the need to promote predictability and legal certainty in the country.

After the reform, it became clear that EC 45 had contributed to the increase of judicial interference in political system. Not only at the top of the hierarchy of the courts with STF judicial review power - as discussed in this text - but also in ordinary appeal and local courts that have the power to decide cases of administrative misconduct.⁴⁹

The point to highlight in this part is that during the consolidation of the Brazilian democracy in the 1990s there was a great debate about the articulation of powers in the country. Major reforms were undertaken, such as the modernization of the Executive - mainly with the creation and implementation of regulatory agencies - and the Judiciary reform, yet no political reform occurred. At that time, Brazil was suffering problems of economic hyperinflation, which would only be controlled with the new economic Real Plan (*Plano Real*), in

1994, after several failures of economic adjustments that broke the internal market. The concern of the Fernando Henrique Cardoso government (1995-2002) was to promote the modernization of the Executive with the implementation of state reforms and the Judiciary reform, both perceived as mechanisms to consolidate the process of stabilizing the economy, controlling the deficit, recovering public finances and creating favorable conditions for the safe resumption of development.⁵⁰

Nevertheless, once again there was no discussion about a political reform, conceived as a set of changes that could improve the Brazilian party system and be able to keep up with the changes in the Judiciary and in the Executive. Certainly, there was a common belief among statesmen that it was too early to modify the rules of the electoral game since a new constitutional text had just been promulgated in 1988.⁵¹

Fact is that political reform discussions usually do not thrive in Brazil - like in many other countries - because legislators must decide on rules that will take effect in their own political careers. In addition, the Brazilian party system is highly fragmented, composed of many small and short-lived parties, and often formed around particular personalities.⁵² This scenario makes it very difficult to bring about a broad reform on the political system.

In 2013, former president Rousseff suggested a plebiscite regarding political reform. This plebiscite was a response to the wave of demonstrations over political discontent of the population that took place all over the country.⁵³ However, the plebiscite never prospered due to the governing crisis that ended her government with her impeachment, in August 2016. Recently, the Chamber of Deputies has taken over the matter - they created a special commission to deal with the issue,⁵⁴ but it is still not clear what its results will be.

Brazilian scholarship sustains that a broad party system reform may represent a strengthening of the Legislature and an incentive to change policy culture in the country, particularly regarding private campaign financing, and the bargain system between parliamentarians, Executive branches and private actors that sometimes are sustained by corruption schemes. The several proposals need to be discussed with the society broadly. After all, this issue has been demanded by the Brazilian society for a long time.⁵⁵

For the scope of this paper, it is enough to realize that a political reform can contribute to the weak-form in Brazil by equalizing STF decisions with a responsive legislature in the omission cases. Moreover, a new composition of the legislature, with parliamentarians committed with party causes and engaged in public debate with other powers, could be envisioned. All these ideas facilitate the institutionalization of mechanisms that underscore the social control over decision-making on constitutional matters and are an incentive to dialogue between powers. At the same time, instruments of consultation between the Judiciary and Legislature, just like advisory opinions, or even the structural injunctions experiences in other countries could also be considered.

In brief, the actual centralized model of policy solution carried out by the Judiciary in Brazil is not enough to deal with the tensions between the burdens of the political decision-making and the counter majoritarian features of the Court. It is important to note that the Executive and Legislative branches usually hand over some risky issues to the legal system when they decide not to intervene via judicial review cases.

Nevertheless, the Judiciary will also have many internal problems, especially regarding the limitations of legal reasoning that makes it difficult for the Court to assess the best political decision for the Brazilian society. The political system should regulate the matter and thus take responsibility for the consequences, since judges and courts have no adequate conditions in Brazil – in light of the separation of powers – to intervene directly in political issues or to safeguard by incurring costs, otherwise even judicial decisions will not be guarantee against surprises.

5 FINAL REMARKS

The main purpose of this paper was to debate the constitutional design and the judicial review in Brazil in light of some consideration of the framework of Compared Constitutional Law on strong and weak-forms.

One of the challenges was to understand how important it is to discuss this debate outside the familiar settings of the comparison of the US Supreme Court and the British Parliament or other common law countries. Our considerations reveal that the debate about strong or weak-forms is a normative one and, actually, it is a discussion about a spectrum with different variations that goes from strong to weak, there is not just one defined form.

It does not matter if the debate takes place in Brazil or elsewhere, there is always a design question that deals with the tensions between the powers. In this sense, some important remarks from Aileen Kavanagh remind us that even in a very traditional country of weak-form judicial review, like the United Kingdom, there can be, in practice, legislatures that do not want and do not operate the last word, thus suggesting that there are many factors that determine strong or weak-form.⁵⁶ Although empirical assessment is fundamental, it is not possible to deny the interference of the normative aspect in question.

Brazil's case demonstrates that it is possible to combine in the same framework instruments that operate in the strong and weak-form. The omission cases actually reveal the complexity of the issue when designing mechanisms, since judicial review can have several forms, combinations and outcomes in a specific constitutional regime.

The paper also suggested that, *de facto*, the weak-form actually did not fully operate in Brazil due to the high “judicialization” of policy culture and problems in the political system. The turning point was EC 45, in the beginning of the 2000s, which strengthened the Court's review power. There is no doubt that, overall, Brazil adopts and works in a strong-form,

but this option also did not resolve the tensions between the counter majoritarian judicial control and the democratic decision-making in the country. Instead - by highlighting some contextual issues of CF/88 - I argued that this option of a strong court increased excessively the political power of STF and the risk of dysfunctional operation of the legal system.

The dysfunctional operation can be simply understood as the fact that judges and courts are progressively abdicating to incorporate the predictability of the legal consequences by dealing with political issues. Moreover, other aspects - that were not examined - can be correlated to the dysfunctional operation, such as a set of principles that created a broader margin of argumentation to STF and the increase of individual powers of its Justices.

Additionally, I stressed that there is a normative weakness in the strong-form in Brazil that was not equated in EC 45, especially if one considers the pressing need for a political reform in the country and the legal reasoning restrictions when the Court is dealing with distributive kind of rights. All these problems affect the legitimacy of the judicial review in the country, mostly if we consider that there is still an elite control of the legal system as a kind of inheritance from the military dictatorship. As a matter of fact, it is not a surprise that still today the most common litigants in the Judiciary are the government branch and upper and middle-classes that can deal with the judicial costs.

As a result of this, the Judiciary tends to be an exclusive arena for internal solutions of problems from the political branches - like the mention of STF as 'state's corporate deliberation body' highlighted in the paper - or for privileged claimants based purely on their capacity to access the Judiciary and less a space for transformation related with the adjudication of social and economic rights or social justice.⁵⁷

A new arrangement of judicial review should take that into account in Brazil. Neither strong nor weak-form, but a specific form that could attend the needs of the Brazilian democracy and in the extent of other Latin American countries. In this sense it is possible to recall the "pragmatic" argument of potential benefits from weak-form in the context of transitional democracies, as described by Stephen Gardbaum, who mentions that the weak-form might reduce the pressures that judicial review places on judges, helping to improve legal reasoning, at the same time that it can actually decrease the tensions between court and political bodies.⁵⁸

Nevertheless, it is not possible to be naïve and believe that the weak-form will eliminate all political tension between the government branch, the Legislative and the courts. The new arrangement - more dialogical - can have better outcomes if courts can also engage in public debate, prompting the responses of the Executive and Legislative branches to act on the decisions reached through the democratic deliberative process. Still, the important question that follows is to know if the framework (strong or weak-form) works from the standpoint of democratic regime stability. Certainly this is a context matter, not only adjusted by reforms, and that needs to be debated at large with the society locally and globally.

REFERENCES

ARANTES, Rogério. The Federal Police and the Ministério Público. In: POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew. **Corruption and Democracy in Brazil**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2010. p. 184-217.

ARANTES, Rogério; COUTO, Cláudio. Constitutionalizing Policy: the Brazilian Constitution of 1988 and its Impact on Governance. In: NOLTE, Detlef Nolte; SCHILLING-VACAFLO, Almut. **New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices**. Burlington: Ashgate Publishing, 2012. p. 203-222.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Creature and/or Creator: the Brazilian Supreme Court's Transformations under the 1988 Constitution. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.

ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (Org.). **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience: 1999 to 2003**. Cambridge, MA: MIT Press, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 3-41, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29/DF**. Rel. Luiz Fux, DJe de 29 de junho de 2012. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 30/DF**. Rel. Luiz Fux, DJe de 29 de junho de 2012. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.772/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26 de março de 2009. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI 670/ES**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31 de outubro de 2008. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI 721/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30 de novembro de 2007. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI 107-3/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21 de setembro de 1990. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>.

BUSTAMANTE, Thomas; VILLANI, André. Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., 2014, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 179-202.

COMELLA, Víctor. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. **Texas Law Review**, v. 82, p. 1705-1736, 2004.

ESQUIROL, Jorge L. **The Fictions of Latin American Law**. [S.l.]: Utah L. Rev. 425, 1997.

FALCÃO, Joaquim et at. **I Relatório supremo em números: o múltiplo supremo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. Available at: <<http://hdl.handle.net/10438/10312>>.

GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies? **Columbia Journal of Transnational Law**, United States, v. 53, n. 2, p. 285-320, 2015.

_____. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

KAPISZEWSKI, Diana. **Challenging Decisions: High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KAVANAGH, Aileen. What's So Weak About Weak-Form Review? The Case of the UK Human Rights Act 1998. **Int J Const Law**, v. 13, n. 4, p. 1008-1039, 2015.

LANDAU, David; MURCIA, Julián Daniel López. Political Institutions and Judicial Role: An Approach in Context, the Case of the Colombian Constitutional Court. **VNIVERSITATAS**, Bogotá, v. 119, p. 55-92, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?** Burlington: Ashgate Publishing, 2006.

MENDES, Conrado Hubner. Neither Dialogue nor Last Word. **Legisprudence**, Oxford, v. 5, p. 1-40, 2011

NAGLE, Luz Estella. The Cinderella of Government: Judicial Reform in Latin America. **California Western International Law Journal**, v. 30, n. 2, p. 345-379, 1999.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 91, p. 5-20, 2011

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supreme Agenda: Interests in Dispute in Judicial Review in Brazil. **Tempo Social**, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 105-133, 2016.

RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew. Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico. **Journal of Latin American Studies**, v. 38, n. 4, p.739-766, 2006.

SABRA, Paula Rodrigues. **Mandado de Injunção: há uma resposta do Poder Legislativo ao instituto?** 2008. Available at: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/127_paula.pdf>.

TAYLOR, Matthew. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil.** Califórnia: Stanford University Press, 2008.

_____. The Riddle of High Impact, Low Functionality Courts in Brazil **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo, v. 25, n. 4, p. 418-438, 2005.

TUSHNET, Mark. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works.** 2006. Available at: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240>>.

_____. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Princeton: University Press, Princeton, 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ‘ativismo judicial à brasileira’. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008

VIANNA, Luiz Werneck et al. Dezessete anos de judicialização política. **Tempo Social**, v. 19, p. 39-85, 2007

VIERIA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, p. 441-459, 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

1 See VIANNA, Luiz Werneck et al. Seventeen years of judicializing politics. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

2 See BARROSO, Luis Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 3-41, 2010.

3 See NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 91, p. 5-20, 2011. See more generally RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Society against State: the brazilian crisis beneath the surface.* 2016. Available at: <<http://logosjournal.com/2016/rodriguez/>>.

4 See TAYLOR, Matthew. **Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil.** Califórnia: Stanford University Press, 2008.

5 See ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Creature and/or creator: the Brazilian Supreme Court’s transformations under the 1988 Constitution. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.

6 The recent ICJ *Brasil* surveys (2009-2016) indicates that the judiciary is one of the most reliable institutions in the country, just staying behind the Brazilian Armed Forces and the Catholic Church. Moreover, the judiciary is commonly accepted as a political force that deals with the inaction problems of other institutions. Available at: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>.

7 Following these authors, the weak model have three essential features: (1) the existence of a bill of rights; (2) the conference of some form of judicial improved power to enforce those rights through evaluation of con-

- sistency of legislation and other governmental acts with these fundamental rights, which must go beyond the traditional presumption and ordinary modes of normative interpretation ; and more clearly, (3) the existence of a legislature that has the final word on the constitutionality of laws in the country, by simple majority vote. See GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, or TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: University Press, Princeton, 2008, also TUSHNET, Mark. **Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties**. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**. Available at: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240>>, 2006.
- 8 This issue reinforces the argument of the difficulty about the ideal constitutional design of judicial review and how to operate vis-à-vis the local culture and practices on judicial decision-making. This argument is also a critique to the law and development narrative of a “failed” law in Latin America and the endorsement of a necessity of a major reform by importing some successful design legal model from a more developed country law, often similar to the United States or Europe. A very good example of this discourse and project was the judicial reform that occurred by the end of the 1990s in most Latin America countries and it was embraced by the World Bank and IMF in order to adjust a macroeconomic agenda in the region. See ESQUIROL, Jorge L. **The Fictions of Latin American Law**. [S.l.]: Utah L. Rev. 425, 1997. And NAGLE, Luz Estella. The cinderella of government: judicial reform in Latin America. **California Western International Law Journal**, v. 30, n. 2, 1999.
 - 9 The longest Brazilian Constitution for 65 years was the Imperial Constitution (1824), after the proclamation of the Republic there had been different constitutional experiences: 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 and the actual 1988 Federal Constitution.
 - 10 Rui Barbosa, an important Brazilian statesman that participated in the constituent assembly of the First Republic, confessed in several reports the direct influence of Madison and Hamilton writings in the Brazilian Constitution.
 - 11 In Brazil, according article 103 of the Constitution and after the Judiciary Reform, can only file direct actions of unconstitutionality and declaratory actions of constitutionality: the President of the Republic; the directing board of the Federal Senate; the directing board of the Chamber of Deputies; the Directing Board of a State Legislative Assembly or of the Federal District Legislative Chamber; State Governor or the Federal District Governor; the Attorney-General of the Republic; the Federal Council of the Brazilian Bar Association; political party represented in the National Congress and confederation of labor unions or a professional association of a nationwide nature.
 - 12 The 1988 Constitution in article 102, Paragraph 3 says “[i]n an extraordinary appeal, the appealing party must demonstrate the general repercussion of the constitutional issues discussed in the case, under the terms of the law, so that the Court may examine the possibility of accepting the appeal, and it may only reject it through the opinion of two thirds of its members”
 - 13 The 1988 Constitution in article 103-A says “[t]he Federal Supreme Court may, ex-officio or upon request, upon decision of two thirds of its members, and following reiterated judicial decisions on constitutional matter, issue a binding precedent (restatement of case law) which, as from publication in the official press, shall have a binding effect upon the lower bodies of the Judicial Power and the direct and indirect public administration, in the federal, state, and local levels, and which may also be reviewed or revoked, as set forth in law”
 - 14 The Comparative Constitutions Project is a database cataloguing the world’s constitutions since 1789. More information about the Comparative Constitutions Project is available at: <<http://www.comparativeconstitutionsproject.org/>>.
 - 15 See ARANTES, Rogério; COUTO, Cláudio. Constitutionalizing policy: the Brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: NOLTE, Detlef Nolte; SCHILLING-VACAFLOR, Almut. **New Constitutionalism in Latin America: promises and practices**. Burlington: Ashgate Publishing, 2012. v. 1. p. 203-22.
 - 16 This position is explained by Brazilian scholars Rogério Arantes and Cláudio Couto who confirm that the 1988 Constitution has become the country’s great ordinary law and one can predict that government agendas will involve changes to the constitutional framework, with significant political and economic costs for future generations. They affirm that a cycle exists: the more a Constitution embodies public policies, the longer the text is; the longer the text is, the more it forces governments to govern by means of constitutional amendments; and the more a constitution is amended, the longer it becomes. See Arantes and Couto, *supra* note 14.

- 17 It is also important to stress that the legislative can overturn the executive's veto decision, according to article 66, paragraph 4 of CF/88 that says "the veto shall be examined in a joint session, within thirty days, counted from the date of receipt, and may only be rejected by the absolute majority of the Deputies and Senators, by secret voting".
- 18 We can mention the leading case of President Alvaro Uribe where the court held that the president two-term could not be amend for a third term or the doctrine of unconstitutional state of affairs in some social and economic cases. See LANDAU, David; MURCIA, Julián Daniel López. *Political Institutions and Judicial Role: An Approach in Context, the Case of the Colombian Constitutional Court*. VNIVERSITAS, Bogotá, v. 119, p. 55-92, 2009. p. 55.
- 19 See TAYLOR, Matthew M. The riddle of high impact, low functionality Courts in Brazil *Rev. Econ. Polit.*, São Paulo, v. 25, n. 4, p. 418-438, 2005. p. 418.
- 20 See FALCÃO, Joaquim et at. **I Relatório supremo em números: o múltiplo supremo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. Available at: < <http://hdl.handle.net/10438/10312>>.
- 21 Victor Comella consider the classical framework of the European Constitutional Courts of the early twentieth century - theorized by Hans Kelsen - where constitutional courts would be completely autonomous. They would be separated from the ordinary judiciary and entirely "pure" because they would only take care of constitutional issues in the abstract. See COMELLA, Víctor. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. *Texas Law Review*, v. 82, p. 1705-1736, 2004.
- 22 See OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supreme agenda: interests in dispute in judicial review in Brazil. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 105-133, 2016.
- 23 See KAPISZEWSKI, Diana. **Challenging decisions: high courts and economic governance in Argentina and Brazil**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Ph.D. diss., Department of Political Science, University of California, Berkeley.
- 24 See Oliveira *supra* note 22.
- 25 It is not surprising that the most influential works in these debates are from North American and *Commonwealth* scholars - just for a good example like Mark Tushnet and Stephen Gardbaum - and more broadly scholars that stand for an objection towards the judicial review - the classical case with Jeremy Waldron. See WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.
- 26 An important example of this position was the debate about the draft for constitutional amendment n.33 from 2011 (PEC 33/11), which attempted to expand the mechanisms of weak-form review in Brazil. PEC 33/11 was based on the premise that STF is exceeding its powers. As a means of containing such excess, it was intended: (i) to modify Article 97 of the CF/88 to raise the voting quorum for unconstitutionality; (ii) to raise the quorum of binding precedentes (súmulas vinculantes) from 2/3 to 4/5 and to be mandatory approved by the National Congress, and (iii) the condition that the *erga omnes* effect of STF decisions would be scrutinized by the National Congress. PEC 33/2011 got rejected from both the political class and the legal community, some arguments that were used to refuse the draft was the offense of the principle of separation of powers and the eternity clause from the Article 60 paragraph 4th of the CF/88. See BUSTAMANTE, Thomas; VILLANI, André. Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., 2014, Florianópolis. Anais... Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 179-202.
- 27 For a general and positive evaluation about the expansion of the court role see VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e 'ativismo judicial à brasileira'. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008 and VIANNA, Luiz Werneck et al. Dezessete anos de judicialização política. *Tempo Social*, v. 19, p. 39-85, 2007. In addition, an important reference about the expansion of STF powers is the work of Vieira about the 'Supremocracy'. See VIERIA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 441-459, 2008.
- 28 The issue about constitutional design is also present in another degree in the discussion of the last word in different models of deliberative democracies, the central question is: who should have the last say about a constitutional issue in a democracy? Extensive political science literature answers this question with three possibilities: "theories of last word" that usually accepts two opposing answers (either supreme courts or elected legislature), "theories of dialogue" that rejects the last word option and "moderate theories" that accepts the provisional last word that is based in a flowing rather than static idea of separation of powers. Usually these

- theories characterize the court as a deliberative catalyst capable of discerning good and bad arguments. See MENDES, Conrado Hubner. Neither dialogue nor last word. **Legisprudence**, Oxford, v. 5, p. 1-40, 2011.
- 29 Furthermore, the Constitution does not prohibit the idea of legislative backlash, especially considering that in Article 102, Paragraph 2 of CF/88 says: [f]inal decisions on merits, pronounced by the STF, in direct actions of unconstitutionality and declaratory actions of constitutionality shall have force against all, as well as a binding effect, as regards the other bodies of the Judicial Power and the governmental entities and entities owned by the Federal Government, in the federal, state, and local levels.
- 30 See *supra* note 25.
- 31 See the famous *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* -, or even in the US Supreme Court arguing the equal protection clause on civil right cases – like *Brown v. Board of Education of Topeka* – in both cases the constitutional courts applied injunction remedies.
- 32 See BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21 de setembro de 1990. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. p. 58.
- 33 See SABRA, Paula Rodrigues. **Mandado de Injunção: há uma resposta do Poder Legislativo ao instituto?** 2008. Accessible in: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/127_paula.pdf>.
- 34 We can highlight some cases: retirement of public employees with disabilities or engaged in hazardous activities (article 40, paragraph 4); advance notice of dismissal in proportion to the length of service, of at least thirty day (article 7, XXI); right to strike of public servants (article 37, VII); guarantee of a monthly benefit of one minimum wage to the handicapped and to the elderly who prove their incapability of providing for their own support or having it provided for by their families (article 203, V) and many others.
- 35 The reasoning problem is also decisive for questioning the legitimacy of the court when adjudicating social and economic rights that usually refer to social and collective goods that must be enjoyed by a large part of the society. Traditional examples in the CF/88 are the right to healthcare (article 196: “health is a right of all and a duty of the State and shall be guaranteed by means of social and economic policies aimed at reducing the risk of illness and other hazards and at the universal and equal access to actions and services for its promotion, protection and recovery”) and education (article 205: “education, which is the right of all and duty of the State and of the family, shall be promoted and fostered with the cooperation of society, with a view to the full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship and his qualification for work”). In these cases, the court has to come out with a distributive and proportional reasoning that is able to mediate the simultaneous access of different individuals and groups. Since there is no clear position, it is problematic to understand the role and the common institutional goals of the STF when deciding these cases.
- 36 The only two issues that were regulated as a response was regarding tax law and electoral from the MI 284 and 232 cases. See Sabra *supra* note 24.
- 37 See Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 30 de novembro de 2007. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>.
- 38 See *supra* note 37.
- 39 See Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 31 de outubro de 2008. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.
- 40 See *supra* note 39.
- 41 This data must be contextualized, although ADI by omission exists since 1988, until 2008 there was no procedural distinguishing between ADI and ADI by omission, thus, some omission cases could be filed under regular ADI procedures and were not included in the STF database.
- 42 The ADI by omission procedure was only regulated with the Law 12.063/ 2009.
- 43 See the STF Database, available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>.
- 44 See Supremo Tribunal Federal. ADC 29/DF, Rel. Luiz Fux, DJe de 29 de junho de 2012. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>> and Supremo Tribunal Federal. ADC 30/DF, Rel. Luiz Fux, DJe de 29 de junho de 2012. Available at: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>
- 45 Another interesting case of institutional dialogue occurred in ADI 3772 that debated if the time of service outside the classroom was computed for teachers’ retirement. STF recognized the constitutionality of the Law 11.301/2006 that modified the Court’s interpretation (*súmula* 726). Before the act was approved, STF did not computed the teacher’s time of service outside the classroom, however, after the act, STF admitted that the

- working time in the function of pedagogical advisory and school management should be computed as working hours for the retirement (STF - ADI 3.772/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26 de março de 2009).
- 46 Since 2004 STF has already issued 56 binding precedents (*súmula vinculante*).
- 47 The judicialization of policy culture can be briefly understood as the systematically judicial interference of the courts in areas that are historically reserved for other branches of government and legislature. For an important description of the Brazilian case see RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew. Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico. **Journal of Latin American Studies**, v. 38, n. 4, p.739-766, 2006.
- 48 This was pointed out by Julio Rios-Figueroa and Matthew Taylor about the STF case. They argued that the wider the range of judicial review channels available, the greater the likelihood that judicial review will be used as a policy action and in the long run the judicialization of policy deliberations are less likely to lead to the efficient resolution of policy debates, mainly because courts will be activated in multiple ways to decide on the same issue. See Rios-Figueroa and Taylor *supra* note 30.
- 49 The emergence of new institutions also contributed to the increase of the political intervention of the judiciary. In this respect, it stands out the new Public Prosecutor Office (*Ministério Público*) in Brazil that not only was the accusatory part in criminal trials, but also in the late 1980s become an effective institution for investigation and fill actions of misconduct surveillance in the political system. The prosecutor in Brazil can easily file any actions, terms of adjustment and other procedural and non-procedural actions against governments. See generally ARANTES, Rogério. The Federal Police and the Ministério Público. In: POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew. **Corruption and Democracy in Brazil**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2010. p. 184-217.
- 50 See ARIDA, Pérsio.; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In GIAVAZZI; GOLDFAJN; HERRE- RA (Org.). **Inflation targeting, debt, and the Brazilian experience: 1999 to 2003**. Cambridge, MA: MIT Press, 2005.
- 51 After the end of military dictatorship, the Brazilian political system underwent to a few specific changes like: in 1994 for presidential term of four years, in 1997 for the reelection of presidents, governors and mayors, in 1999 was approved the criminalization of buying votes and in 2010 was approved the Clean Slate Act (*Lei da Ficha Limpa*). All these examples are punctual transformations and within the last ten years the National Congress tried five attempts to pass a broad political reform without success.
- 52 Not surprisingly the “populism” was a big hit in Latin America, see the case of Lula in Brazil, Kirchner family in Argentina, Hugo Chavez in Venezuela, Evo Morales in Bolivia and Rafael Correa in Ecuador.
- 53 One of the problems of Brazil’s political system is the difficult to operate in the presidential coalition model since the executive suffers from a continues lack of a base of congressional support that is needed to govern in the ‘constitutionalized policies’ scenario. Traditionally, the executive forms a majority coalition by bargaining for legislative support by favoring parliamentarians with government positions or release of funds. However, in Brazil, this situation has never resulted – in the first place – of a strongly established agreement by the parties, but rather as a result of personal interests and agendas. This practice has been severely critiqued recently by the Brazilian population after the scandals of corruption revealed by the judiciary.
- 54 Some key proposals are the end of reelection for executive positions, five-year terms for all positions - currently, the term of four years for all positions except the senators, whose term of office is eight years - campaign finance restrictions of certain donations, unification of the date of the elections for all positions beginning in 2022 and the reduction from 35 to 30 the minimum age for election for senator.
- 55 Since 2013 many protest took place on the streets of Brazil, many of them were social movements that had a common thrive: the dissatisfaction against the political system and the wave of corruption scandals with executive and legislative branches that were revealed by the judiciary in two cases (*Mensalão* and *Lavajato*).
- 56 See KAVANAGH, Aileen. What’s So Weak About Weak-Form Review? The Case of the UK Human Rights Act 1998. **Int J Const Law**, v. 13, n. 4, p. 1008-1039, 2015.
- 57 See LOPES, José Reinaldo de Lima. Brazilian courts and social rights: a case study revisited. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** [S.l.]: [s.n.], 2006.
- 58 See GARDBAUM, Stephen. Are strong constitutional courts always a good thing for new democracies? **Columbia Journal of Transnational Law**, United States, v. 53, n. 2, p. 285-320, 2015. p. 285.

DESENHO CONSTITUCIONAL E O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL FORTE E FRACO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RESUMO

O artigo discute o tema do controle de constitucionalidade a partir da análise do desenho normativo fixado pela Constituição Federal de 1988 e por meio da classificação entre as formas de controle judicial forte e fraco, distinção tradicionalmente aplicada aos membros da *Commonwealth*. Desde do final da ditadura militar, na década de 1980, o Brasil aposta em um modelo que combina uma forte supremacia judicial e um controle judicial híbrido de constitucionalidade, centralizado em grande medida na atuação da suprema corte do país. Todavia, no nível normativo-estrutural, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro pode operar de uma maneira fraca, quando o Congresso Nacional assume um protagonismo para decidir alguns casos de constitucionalidade. Tal compreensão é alcançada após as análises de alguns julgados e provisões constitucionais. Ainda que o Congresso Nacional dificilmente anule – de maneira responsiva – as decisões de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, devido aos custos políticos e compromissos estratégicos, o controle judicial fraco pode ser exemplificado por dois mecanismos de controle de constitucionalidade: a forma concreta e indireta de controle pelo mandado de injunção, que protege direitos fundamentais, e a forma abstrata e direta pela ação declaratória de constitucionalidade por omissão. Ambos mecanismos transferem, em tese, a palavra final sobre o controle de constitucionalidade para o legislador, e dados da década de 1990 confirmam que, na prática, a suprema corte possuía uma posição mais restrita ao poder de revisão nos casos de omissão. Finalmente, o principal objetivo do artigo é estabelecer um diálogo com a literatura do controle fraco de constitucionalidade e permitir uma discussão ampla do modelo. Afinal de contas, em um projeto ideal de estado de direito constitucional, não apenas juízes desempenham um papel importante, mas também a participação do legislativo e do executivo são imprescindíveis.

Palavras-chave: Desenho Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Controle Judicial Forte de Constitucionalidade. Controle Judicial Fraco de Constitucionalidade.

Submetido: 17 abr. 2017

Aprovado: 8 maio 2017

OS AGRICULTORES FAMILIARES COMO RÉUS EM PROCESSOS AMBIENTAIS: REFLEXÕES ACERCA DO PODER SIMBÓLICO DO DIREITO

Marlene de Paula Pereira*
Maria Izabel Vieira Botelho**

1 Introdução. 2 O que revelam os autos. 3 Reflexões a partir das consultas processuais. 4 O poder simbólico do direito e os reflexos sobre os meios de vida dos agricultores familiares. 5 Conclusões. Referências.

RESUMO

Com frequência, os agricultores familiares enfrentam problemas relacionados à legislação ambiental. O presente artigo tem por objetivo refletir a respeito das consequências decorrentes dos processos judiciais na vida desses agricultores. As metodologias utilizadas foram a consulta processual e as entrevistas. Os principais resultados revelam que a condição de vulnerabilidade que atinge esses agricultores, do ponto de vista social e econômico, estende-se até o campo judicial. Apesar de haver o pressuposto de que a Justiça busca enfrentar as questões com isonomia, constatou-se que os grupos econômica e socialmente mais frágeis são também mais fortemente atingidos com a solução da lide.

Palavras-chave: Legislação ambiental. Agricultores familiares. Processos judiciais. Poder simbólico.

1 INTRODUÇÃO

O Direito possui uma função primordialmente reguladora, mas também guarda em si uma dimensão simbólica, que decorre da força com que se impõe sobre os diversos grupos de indivíduos, em seus diferentes lugares sociais. A lei interfere diretamente sobre os meios de vida dos agricultores familiares, visto que, à medida que regulam a vida cotidiana, interferem na maneira como as pessoas se comportam, impondo restrições e trazendo consequências.

Por enfrentarem grande dificuldade de acesso à informação e aos mecanismos de defesa, com frequência, os agricultores familiares são autuados e condenados ao pagamento de multas, celebram termo de ajustamento de conduta e, algumas vezes, até mesmo respon-

* Professora do Instituto Federal de Educação, ciência e tecnologia do Sudeste de MG, campus Barbacena. Bacharel em Direito- UFV. Mestre em Direito- UERJ. Doutora em Extensão Rural – UFV. E-mail: <depaularmarlene@yahoo.com.br>.

** Pós-Doutora em Wageningen University. Professora Associada do Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa. E-mail: <mbotelho@ufv.br>.

dem a processos judiciais. Esses processos judiciais, que serão objeto de estudo deste artigo, revelam o quanto tais agricultores se encontram em situação de desvantagem em relação a outros segmentos e o quanto o Direito pode ser um instrumento de poder.

Desse modo, propõe-se uma análise do Direito entendendo o âmbito jurídico como um campo, na acepção de Bourdieu. Segundo Bourdieu, o campo é um espaço de disputas de poder entre grupos. Cada grupo possui um capital, que, para o autor, representa os interesses postos em jogo. O conceito de capital inclui, além do aspecto econômico, que compreende a riqueza material, o dinheiro, as ações etc. (bens, patrimônios, trabalho), o aspecto do capital cultural, que compreende o conhecimento, as habilidades, as informações; o capital social, correspondente ao conjunto de acessos sociais, que compreende o relacionamento e a rede de contatos; e o capital simbólico, que é uma síntese dos demais, correspondente ao conjunto de rituais de reconhecimento social, e que compreende o prestígio, a honra.

A metodologia empregada nesta pesquisa foi a análise processual e a realização de entrevistas. Foram analisados 148 dos 240 processos/procedimentos ambientais em curso na Comarca de Viçosa, no período de 2011 a 2013. Chegou-se a esse quantitativo por meio do cálculo da amostra válida. Esclarece-se que a análise da totalidade dos casos se torna praticamente impossível, no período de tempo da pesquisa, visto que os processos/procedimentos tramitam de uma instância para outra, de um órgão para outro para que sejam feitas análises, pareceres, e, desse modo, seriam necessárias várias outras visitas para conseguir ter acesso a todos os autos.

As pesquisas foram realizadas na 2ª Promotoria Cível e na 1ª e 2ª varas criminais da Comarca de Viçosa. Na Promotoria, foram analisados os Termos de Ajustamento de Conduta, as Ações de Execução dos Termos de Ajustamento de Conduta, os Inquéritos Cíveis e as Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público.

Na 1ª Vara Criminal, foram analisados os processos que seguem o rito ordinário para onde são destinados os processos referentes a crimes cujas penas máximas sejam superiores a dois anos. Poucos processos por crimes ambientais são processados nessa vara, visto que a maior parte dos crimes previstos na lei de crimes ambientais estipula penas máximas inferiores a dois anos. Na 2ª Vara Criminal, foram analisados os processos criminais que se enquadram na categoria de “causas de menor potencial ofensivo”, considerados estes os crimes e as contravenções penais cujas penas máximas não sejam superiores a dois anos de privação de liberdade. Estes representam a maior parte dos casos em estudo.

Quanto às entrevistas, foram realizadas entrevistas semiestruturadas, feitas com agricultores familiares e com agentes públicos. De acordo com Lakatos e Marconi,¹ a entrevista é o procedimento em que o entrevistador se coloca face a face com o entrevistado, do qual busca obter informações que não possui sobre determinado assunto. É uma conversa metódica, que segue uma diretriz previamente estabelecida, uma estratégia metodológica que deve ser adequada ao objeto da pesquisa. Para a pesquisa aqui relatada, foram entrevistados

25 agricultores que desenvolvem suas atividades nos municípios que compõem a Comarca de Viçosa e oito agentes públicos.

A realização das entrevistas ocorreu durante o mês de maio de 2015. O número de 25 entrevistados foi aleatório. Os critérios utilizados para selecionar os entrevistados foram que fosse agricultor familiar e residisse em um dos municípios que compõem a Comarca de Viçosa. Ressalta-se que os agricultores familiares entrevistados não estão diretamente relacionados aos processos analisados. Existem algumas coincidências (pessoas entrevistadas que estão respondendo a processos que foram analisados), mas há outros que já foram autuados pela prática de infrações ambientais, mas cujo processo não foi analisado, e outros, ainda, que afirmaram nunca terem tido problemas dessa natureza. Como um dos objetivos da pesquisa foi analisar as consequências que um processo pode trazer em relação ao modo como esse infrator passa a ser visto pelo grupo social, tornou-se importante ter, também, a participação de pessoas que nunca tiveram problemas com a justiça.

Quanto aos agentes públicos, foram entrevistados oito representantes, que foram os seguintes: dois policiais ambientais, dois técnicos do Instituto Estadual de Florestas (IEF), um promotor, um juiz, o secretário do meio ambiente, um técnico da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais (Emater).

O artigo está dividido da seguinte maneira: na primeira parte, serão apresentados os dados obtidos nas consultas processuais, em seguida, serão feitas reflexões a respeito do que foi constatado nas análises dos processos e, por fim, serão feitas considerações acerca do poder simbólico do Direito, com apoio nas ancoragens teóricas escolhidas. Algumas conclusões encerram o trabalho.

2 O QUE REVELAM OS AUTOS

Na Comarca de Viçosa, em geral, a autuação é feita pela Polícia Militar do Meio Ambiente. Os policiais chegam ao local do fato por meio de denúncia, na maior parte das vezes, ou por meio de policiamento ostensivo, ou seja, do trabalho normal de ronda. Constatada a infração, a polícia notifica o infrator a respeito da instauração de um procedimento administrativo, que, geralmente, tem como consequência a aplicação de uma multa. O boletim de ocorrência, lavrado na hora, é encaminhado para a Delegacia da Polícia Civil e para o Ministério Público Estadual.

Cabe ao delegado da Polícia Civil analisar se o fato constitui crime ambiental. Se constituir, deverá ser iniciado um inquérito policial. Concluído o inquérito, este deverá ser encaminhado ao Ministério Público, órgão responsável para propor a ação penal. O processo surge com a ação penal, pois, ao dar início a ela, o conflito é levado à apreciação do Poder Judiciário para que o juiz decida se houve crime e se a pessoa acusada deve ser punida.

Paralelamente a isso, o Ministério Público analisa, ainda, se o fato causou dano ambiental. Se tiver causado, poderá optar entre propor um termo de ajustamento de conduta

(TAC) ou iniciar uma ação civil pública. O Ministério Público tem competência ainda para iniciar inquérito civil para apuração de dano ambiental, independentemente de ocorrência de crime ou infração ambiental. Nesses casos, o fato chega ao conhecimento do promotor por meio de denúncia. Esses inquéritos civis podem ou ser arquivados, ou resultar em termos de ajustamento de conduta ou ensejar a propositura de ação civil pública.

A possibilidade de mais de um desdobramento da infração ambiental é um dos aspectos mais difíceis de serem compreendidos pelos agricultores, pois, muitas vezes, eles são autuados administrativamente e acreditam que o problema será totalmente solucionado com o pagamento da multa. Entretanto, após o pagamento, são surpreendidos com uma notificação para que compareçam ao fórum para realizar um TAC ou recebem uma citação judicial que informa que foi instaurado um processo em que ele é réu. A sensação dos agricultores é a de que estão sendo punidos duplamente ou triplamente pelo mesmo fato.

De acordo com a lei, é possível apresentar defesa contra o auto de infração, no prazo de 20 (vinte) dias, contados da data da notificação. Essa defesa poderá ser elaborada pelo próprio autuado ou por um advogado. Cabe ao autuado a prova dos fatos alegados. Entretanto, as provas propostas pelo autuado poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada da autoridade competente.

Após julgamento da defesa apresentada, o autuado receberá, em sua residência, uma correspondência, contendo um ofício que informará sobre a resposta da defesa. Caberá, ainda, o recurso que poderá ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da notificação do autuado do julgamento da defesa. O recurso também poderá ser elaborado pelo próprio autuado ou por advogado.

De acordo com o art. 68 do Decreto nº 44.844/08, inciso I,² poderá haver a redução do valor da multa aplicada, se o interessado comprovar a existência de uma das situações elencadas nos artigos, como a comunicação imediata do dano ou perigo à autoridade ambiental ou a colaboração do infrator com os órgãos ambientais na solução dos problemas advindos de sua conduta.

Embora a legislação deixe claras essas possibilidades, dado o grau de desinformação existente entre os agricultores, a apresentação de defesa e de recurso pelo próprio autuado é muito pouco utilizada. Essa pressuposição foi confirmada pelos técnicos do Instituto Estadual de Florestas (IEF), em entrevista realizada em abril de 2015. Segundo o analista ambiental do IEF, *“a maior parte dos agricultores autuados paga a multa, sem contestações, de forma parcelada.”*³ O Sr. Daniel, morador de Córrego Fundo, Viçosa-MG, é um exemplo que parece representar o comportamento comum entre os agricultores da região em relação ao pagamento de multas. Disse ele: *“Paguei R\$ 6.000,00 porque não ajustei advogado. Depois me falaram que, se tivesse arrumado advogado, a multa tinha diminuído. Mas eu não arranjei não, porque eu não preciso de advogado. Pra quê advogado? Eu não matei ninguém [...]”*

A partir da fala desse agricultor, duas observações podem ser feitas: a primeira vai ao encontro do estudo de Woortmann, de acordo com o qual a honestidade é um valor a que o camponês dá muita importância.⁴ Nesse sentido, “demandar na justiça” é algo que só deve ocorrer quando não puder ser evitado, pois remete à prática de uma má conduta. Dessa percepção decorre a segunda observação, que aponta para o significado social e psicológico do processo na vida desses sujeitos, pois, muito além de ser um contratempo, implica deduções a respeito do indivíduo.

Ainda sobre a utilização dos recursos, observa-se que somente aqueles que detêm informações suficientes para se defenderem, seja sozinhos, seja por meio de serviços especializados, utilizam esses instrumentos legais. Mais uma vez, fica evidenciado o fato de que, embora existam previsões legais no sentido de facilitar a resolução dos problemas de irregularidade, existe uma parcela significativa de cidadãos que permanece excluída do exercício pleno desses direitos. Considerando a acepção ampla de meios de vida, em que recursos ou ativos são também os acessos e as oportunidades, fica claro que grupos social e economicamente vulneráveis, como é o caso dos agricultores familiares, encontram mais dificuldades para usufruírem as garantias legais e jurídicas.

As autoridades se esforçam para atribuir aos agricultores a responsabilidade por não utilizarem as concessões dadas pela lei e por não pleitearem as políticas de que necessitam, afirmando serem os agricultores pessoas “caladas e pouco participativas.” Disse o promotor de justiça da Comarca: “os agricultores não são organizados, e, mesmo quando conseguem se organizarem, de alguma maneira, os representantes têm pouca instrução.”

Na Comarca de Viçosa, durante o período de 2011 a 2013, considerando os 240 procedimentos em curso, 65,8% resultaram em TAC. Destes, 33,5% foram cumpridos e 66,5% tiveram desdobramentos judiciais, com propositura de ações. Logo, não se pode afirmar que a realização do acordo extrajudicial tenha amenizado a situação do agricultor, evitando que este tenha desgastes decorrentes da lentidão e da burocracia da Justiça, pois a quantidade de acordos que não foram cumpridos é grande. As principais razões que justificam o descumprimento dos TAC são as dificuldades em cumprir as medidas e o custo que elas envolvem.

Quanto ao período médio para que a questão seja solucionada por meio de TAC, observou-se que, entre a ocorrência do fato e a realização do acordo, decorrem, em média, 2 anos. Entre a realização do TAC e o termo final do processo decorrem, em média, 3 anos, totalizando um período de duração médio para o processo de 5 anos, desconsiderando eventuais recursos. Esse prazo pode variar de acordo com as especificidades do caso, mas se pôde notar que o fator que mais interfere no tempo de duração do processo é a realização da perícia. De acordo com informações obtidas nos próprios autos e confirmadas por funcionários estaduais, a estrutura dos órgãos técnicos estaduais responsáveis pela perícia encontra-se bastante deficitária, de modo que os agentes são insuficientes para o número de solicitações feitas pela Justiça.

3 REFLEXÕES A PARTIR DAS CONSULTAS PROCESSUAIS

Nesta seção, será feita uma análise dos dados apresentados anteriormente, entendendo o âmbito jurídico como um campo, na acepção de Bourdieu, segundo o qual o campo é um espaço de disputas de poder.⁵ De acordo com o autor, cada grupo possui um capital. Este inclui, além do aspecto econômico, o aspecto cultural, que abrange o conhecimento, as habilidades, as informações; o aspecto social, correspondente ao conjunto de acessos sociais, que inclui o relacionamento e a rede de contatos; e o aspecto simbólico, que é uma síntese dos demais, correspondente ao conjunto de rituais de reconhecimento social.

Segundo Bourdieu, existe uma conexão entre o campo e o *habitus*. O *habitus* deve ser visto “como um conjunto de esquemas de percepção, apropriação e ação que é experimentado e posto em prática pelo indivíduo.”⁶ Esse autor, em outro estudo, esclarece que o *habitus* “é adquirido por aprendizagem e funciona como um sistema de esquemas geradores de estratégias.”⁷

O *habitus* assegura a reprodução das relações sociais, pois o indivíduo interioriza normas e valores e reproduz as relações sociais hierarquizadas já construídas. Em geral, o grupo dominante forma o *habitus*, estabelecendo o que deve ser entendido como o senso comum. Uma vez internalizada a hierarquia, o *habitus* se torna ainda mais homogêneo, dada a impossibilidade de tais indivíduos perceberem a existência dos grupos de interesse no seio social. A adesão ou aceitação dos dominados das regras e das crenças partilhadas como se fossem “naturais” e a incapacidade crítica de reconhecer o caráter arbitrário de tais regras impostas pelas autoridades dominantes de um campo é chamada por Bourdieu de “dominação consentida” e reflete um tipo de “violência simbólica.”⁸

De acordo com Bourdieu,⁹ na sociedade, existem os grupos dominantes e os dominados, e as instituições têm um papel importante para a perpetuação da dominação. Assim, igrejas, escolas, famílias contribuem para o processo de dominação porque reproduzem o *habitus* criado pelo grupo dominante. Considerando a esfera judicial como um campo, é possível perceber a existência de um *habitus*. Por meio deste, os dominantes impõem um conjunto de posturas que os dominados passam a compreender como aceitáveis. Tais posturas são continuamente reproduzidas, e, dessa forma, ocorre a manutenção do sistema.

O poder simbólico, de acordo com Bourdieu, é “o poder invisível o qual pode ser exercido dessa maneira com cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.”¹⁰ O autor entende que “os sistemas simbólicos – como arte, religião e língua – têm função importante na reprodução da ordem social.” Essa reprodução da ordem por influência das produções simbólicas configura a existência de ideologias, que são, para o autor, “formações capazes de apresentar interesses particulares como se fossem universais e que, desse modo, influem sobre a função política do sistema simbólico.”¹¹

De acordo com Bourdieu, as teorias que buscam justificar o Direito como uma ciência que encontra fundamento em si próprio são a clara demonstração do poder simbólico que

esse campo possui, pois o consideram independente e desvinculado de contextos sociais e históricos.¹² Os conflitos e argumentos do cotidiano são vistos como aquém da lei e demasiadamente triviais. No mesmo sentido, Santos afirma que “o pensamento da dogmática jurídica sublima, mediante sucessivas próteses técnicas, tudo o que existe de cotidiano e de vulgar.”¹³

Em lugar de buscar compreender o contexto social e histórico do fato que está sendo julgado, com frequência, o Direito busca a solução em precedentes ou decisões anteriores, em uma pressuposição de que aquilo que já foi decidido é o que representa o justo, o adequado. De acordo com Bourdieu, “a busca do precedente é, para o pensamento jurídico, uma forma de afirmação da autonomia do direito em relação às questões sociais ou históricas.”¹⁴ Dessa forma, as decisões vão sendo padronizadas, e o poder da instituição é reafirmado. Entretanto, com isso, o Direito perde o caráter de instrumento de transformação social. Nesse sentido, Dworkin afirma que “o julgador deve deixar de ser um simples aplicador de normas, para ser uma ferramenta na construção do direito.”¹⁵ De acordo com ele, “o direito nasce de um processo de construção e justificação e não da reprodução de um passado preestabelecido, pois o julgamento feito a partir da reprodução de outras decisões, sem o estudo atento do caso concreto, representa a incidência da violência da autoridade envolvida.”¹⁶

Na mesma linha, Derrida afirma que “o julgador não pode agir como uma máquina de calcular porque o alcance do justo está muito distante dessa tarefa, de cálculo, pois cada exercício da justiça como direito só poderá ser justo se for um julgamento novo.”¹⁷ Barroso também afirma que os casos cuja solução não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico exigem uma atuação criativa do intérprete, baseada nas orientações constitucionais. Ele observa que “não foi o Direito e a interpretação constitucional que se tornaram mais complicados, mas a vida que ficou mais complexa, exigindo categorias jurídicas mais sofisticadas e sutis.”¹⁸

A linguagem judiciária repleta de erudições e expressões em latim é uma manifestação do poder simbólico do Direito. Mas o discurso jurídico é composto de uma série de outros elementos que contribuem para enfatizar a força da instituição. Bourdieu menciona um conjunto de características sintáticas tais como construções passivas, frases impessoais, recurso ao verbo no indicativo, emprego de verbos atestativos e na terceira pessoa do singular que são comumente utilizadas para caracterizar a neutralidade e a impessoalidade que se espera de um enunciado da justiça.¹⁹

Para pensar a respeito do poder embutido no discurso jurídico, é importante esclarecer o que está sendo compreendido como “discurso” e o que seria o “exercício do poder”. Para Meurer, “discurso é o conjunto de afirmações que, articuladas através da linguagem, expressam os valores e significados de um grupo social.”²⁰ Sendo assim, para ele, o discurso seria o conjunto de valores e significados por trás do texto. A respeito do exercício do poder, seguiu-se a linha de pensamento de Foucault, para quem o exercício do poder é um modo

de ação de uns sujeitos sobre as ações de outros.²¹ De acordo com esse autor, os efeitos de poder são constituídos nas relações de força entre os sujeitos desiguais, seja pela situação de cada um, seja pelo potencial de recursos que possuem (sejam eles econômicos, militares, de informação).

Quando uma questão chega ao Poder Judiciário, em regra, existe um conflito de interesses, em que os dois lados tentam mostrar quem tem razão, apresentando suas provas. Cabe ao juiz analisar todo o exposto, identificar com quem está o direito, encontrar a norma aplicável ao caso e solucionar o problema. O objetivo do processo, portanto, à luz do princípio da dignidade humana, é, a partir das provas produzidas, fazer com que o juiz se aproxime ao máximo do que de fato ocorreu. Mas, a partir das provas produzidas nos autos, é possível chegar à certeza quanto à verdade dos fatos? Adota-se, aqui, a premissa de que a verdade é sempre uma construção social.²² De acordo com Foucault, a verdade é um conjunto de procedimentos regulados para a circulação e o funcionamento dos discursos e está ligada a sistemas de poder que a produzem e apoiam e a efeitos de poder que a reproduzem e são induzidos por ela.²³

De acordo com Foucault, as relações de poder utilizam o Direito para criar discursos de verdade.²⁴ Por ser o direito o discurso da verdade, e a verdade criadora do Direito, Foucault busca demonstrar que o Direito, em sua capilaridade, fomenta relações de sujeição. O Direito deve ser visto como um procedimento de sujeição que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para Bourdieu, “o direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos.”²⁵

O poder não é somente aquele soberano que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/1988);²⁶ ele é também constituído por práticas sociais concretas. De acordo com Foucault, o poder é relacional e só se constitui em uma rede de atores sociais na medida em que se faz uso dele.²⁷ O poder circula em rede por todo o meio social, agindo sobre o corpo e construindo subjetividades, tendo característica, ao mesmo tempo, de um poder disciplinar, que age sobre a individualidade; e de um biopoder que age sobre a vida e sobre a coletividade.

Vianna propõe pensar os autos processuais, em termos metodológicos, como “um conjunto de relatos convertidos em ‘depoimentos’, escritos por um mecanismo de controle burocrático e de construção de afirmação de autoridade fundamentais para a produção de uma decisão judicial.”²⁸ Nesse sentido, “um auto processual se constitui como resultado do confronto de posições de autoridade entre os que depõem e os que são responsáveis em traduzir as falas em termos da universalidade jurídica.”²⁹

Os técnicos do Judiciário têm a função de ouvir o depoente e transcrever a fala de acordo com o jargão forense. Posteriormente, esses trechos serão aproveitados para a confecção da sentença. Portanto, assim como os depoentes selecionam o conteúdo de suas falas, os técnicos da justiça também escolhem o que registrar. Segundo Rinaldi, “em geral, procuram produzir um discurso capaz de trazer benefícios no âmbito da decisão judicial.”³⁰

Foucault, ao comentar esse aspecto, observa como o sistema processual vigente atribui poder aos agentes estatais, pois eles são responsáveis por transcrever a fala dos depoentes e, a partir desses relatos, produzir a sentença.³¹ Foucault ressalta que a observação não se mostra contra os técnicos ou as suas técnicas, e sim contra o poder que possuem em influenciar as decisões do Judiciário.³² No mesmo sentido, Bourdieu afirma que, por meio das instituições, os agentes desempenham seus papéis na sociedade, reforçando o *habitus* instituído e promovendo a sua internalização.³³

Existe um provérbio originado do Direito Romano que afirma que o que não está nos autos não está no mundo. Essa premissa ressalta a necessidade de o julgador ater-se às provas produzidas para proferir sua decisão, reforçando que o que não estiver nos autos processuais não interessa ao debate processual. Portanto, como regra, do ponto de vista da justiça, o que importa é o que está no processo, ou seja, o discurso construído. Nesse sentido, Foucault afirma que o inquérito é forma de exercício do poder, pois “é uma maneira, na cultura ocidental, de, por meio da instituição judiciária, autenticar a verdade, revelar coisas que vão ser consideradas verdadeiras e transmiti-las.”³⁴

De acordo com Foucault,³⁵ o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder de que procuramos assenhorear-nos. O autor afirma:

Cada sociedade define os tipos de discurso que ela recebe e põe a funcionar os mecanismos e as instâncias que permitirão que se diferenciem os enunciados verdadeiros dos falsos, as formas como se ratificam uns e outros; as técnicas e os procedimentos aos quais serão dados maior valor no alcance da verdade; a condição, o lugar que é conferido àqueles que se ocupam em dizer o que funciona como verdadeiro.³⁶

Para ele, “o discurso nada mais é do que o reflexo de uma verdade que está sempre a nascer diante dos seus olhos.”³⁷

De acordo com Bourdieu, é necessário que existam agentes para construir o discurso, instituições para validá-los e a aceitação da sociedade.³⁸ Nota-se, assim, a importância e a complexidade do discurso. É importante, porque é um instrumento pelo qual são transmitidos valores e ideologias, e é complexo porque uma manifestação repleta de interesses de categorias e carregada de signos de poder. De acordo com Foucault, o discurso não deve ser compreendido apenas pelas palavras e pelas frases, porque o discurso é uma prática. Assim, ele afirma:

[...] o discurso não é uma estreita superfície de contato, ou de confronto, entre uma realidade e uma língua, o intrincamento entre um léxico e uma experiência [...] revela, afinal de contas, uma tarefa inteiramente diferente, que consiste em não mais tratar os discursos como conjuntos de signos [...] mas como práticas que formam sistematicamente os objetos de que falam.³⁹

Laclau também compreende o discurso como um instrumento de linguagem que ultrapassa o campo meramente linguístico. O autor argumenta que o discurso é uma instância limítrofe com o campo social, “porque cada ato social tem um significado constituído na forma de sequencias discursivas que articulam elementos linguísticos e extralinguísticos.”⁴⁰ Assim, ele prossegue, “a sociedade poderia ser entendida como uma um vasto tecido argumentativo no qual a humanidade constrói a sua própria realidade.”⁴¹

Nesse ponto, vale apresentar a análise de Brito a respeito do discurso jurídico.⁴² A autora aplicou as técnicas de análise de discurso para compreender e explicar os elementos que subsistem por trás do texto escrito das peças que compõem o processo judicial. Na linha de pensamento de Pêcheux, a análise do discurso enfoca a linguagem como prática social e busca investigar o modo como os indivíduos interagem pela linguagem e a descrição das funções que formas linguísticas realizam em práticas discursivas específicas, normalmente institucionais e ligadas ao Estado.⁴³ Essa vertente dos estudos discursivos contempla a produção de sentido do discurso como resultante do processo de interação social. Dessa forma, busca compreender a relação entre o “eu” e o “outro”.

Ao aplicar as técnicas de análise do discurso ao texto da denúncia, Brito observou que o promotor de justiça, assim se expressa: “O Representante do Ministério Público, ao final assinado, no uso de suas atribuições e na melhor forma de direito, vem, com base no incluso inquérito policial, oferecer denúncia contra: FULANO DE TAL, vulgo ‘Zé ou Zé Maria’ [...]”⁴⁴ De acordo com as explicações de Brito, quando o promotor de justiça afirma serem “suas” as atribuições de denunciar os atos que não se enquadram nos moldes de uma sociedade equilibrada, coloca-se em uma posição de autoridade em relação àquele que está sendo por ele denunciado. No mesmo passo, quando afirma que o faz “na melhor forma de direito”, está o representante do Ministério Público construindo a sua verdade única, irrefutável. Ao utilizar o termo “vulgo” para se referir ao denunciado, o sujeito se coloca em uma posição de superioridade, já que tal adjetivo coloca o “outro” na posição inferior de quem nem sequer é conhecido pelo próprio nome.⁴⁵

Em relação ao interlocutor do diálogo iniciado com o oferecimento da denúncia, que é o juiz, a análise de Brito confirma a ideia de que o texto acentua as relações de poder e força instauradas entre os sujeitos, pois apaga a voz do denunciado e ressalta a voz do juiz como o portador da verdade absoluta. De acordo com a análise da autora, o juiz recebe a denúncia, defere algumas diligências requeridas e decide: “[...] Entendo necessária a custódia cautelar do denunciado. Consoante podemos notar que o delito noticiado na peça acusatória se reveste de gravidade e gera indignação.”⁴⁶ Brito chama a atenção para o uso do verbo na 1ª pessoa, que expressa a posição de autoridade e poder. De acordo com Brito, o juiz faz uma recapitulação, apresentando os principais argumentos da acusação e da defesa e termina com as expressões “É o relatório”, “Decido”. Na sequência, ele apresenta os esclarecimentos sobre a teoria implícita, cita jurisprudências de outros tribunais e trechos da doutrina que

servem para fortalecer seus argumentos e conclui: “Em face ao exposto e mais o que dos autos constam, o pedido contido na denúncia deve ser julgado PROCEDENTE”. A seguir, ele aplica a pena e termina com as expressões costumeiras: “Publique-se”, “Registre-se”, “Intime-se”, que, mais uma vez, denotam sua autoridade, definida no poder de falar por último e decidir o destino do réu.⁴⁷

A partir das reflexões a respeito do discurso como uma expressão de poder, serão apresentadas, a seguir, situações extraídas dos autos processuais analisados para a presente pesquisa. Buscou-se, sempre que possível, interpretar tais situações à luz das reflexões de Bourdieu concernentes ao Direito como um poder simbólico e de algumas abordagens sobre os meios de vida.

4 O PODER SIMBÓLICO DO DIREITO E OS REFLEXOS SOBRE OS MEIOS DE VIDA DOS AGRICULTORES FAMILIARES

Tendo em vista as interferências da legislação ambiental sobre os meios de vida dos agricultores familiares, a penalidade apresenta-se como um dos aspectos mais relevantes, visto que todo o conjunto de acontecimentos que o agricultor passa a vivenciar, a partir do momento em que recebe uma autuação, reflete-se em sua forma de vida, tanto do ponto de vista material e social quanto do psicológico.

Em geral, diante de uma infração ambiental, a primeira penalidade aplicada é a multa administrativa. Na maior parte dos casos analisados, o valor a pagar ficou entre R\$1.000,00 e R\$2.000,00, de acordo com o tipo de infração praticado. Os parâmetros para a determinação do valor da multa estão estabelecidos em decreto. Os policiais ambientais entrevistados teceram críticas a tais parâmetros, porque, de acordo com eles, provocam situações de disparidade. Disse o sargento comandante da equipe: “uma intervenção em área de até um hectare gera uma multa de mil e trezentos reais. Se for um centésimo de hectare ou um hectare, a multa é a mesma. Esse valor às vezes é muito baixo para uns e muito alto para outros.”⁴⁸

Com frequência, os agricultores mencionaram que quem tem poder econômico consegue livrar-se do problema, e quem não tem é penalizado.

A influência do poder econômico do infrator não passa despercebida para o promotor de justiça da Comarca que, em entrevista, afirmou que a maior parte das pessoas autuadas são pobres e que “[...] não se sabe se há uma predileção da polícia por esse público ou se existe um receio de atuação quando o poder econômico é expressivo.”

A fala do promotor reflete um modelo de sociedade hierarquizada, segundo o qual até mesmo as instituições atuam de forma preconceituosa em relação aos sujeitos periféricos. Cabe mencionar Souza e a ideia da tríade meritocrática, que envolve qualificação, posição e salário, três características que, de acordo com esse autor, definem o *status* do indivíduo na sociedade.⁴⁹

Em geral, quem possui qualificação, posição e salário possui, também, o capital social, que, de acordo com Bourdieu, constitui um ativo individual que determina as diferenças de vantagens extraídas do capital econômico que um indivíduo possui, adquirido por meio das redes de conhecimentos, de influências que ele estabelece ao longo de sua vida.⁵⁰ Ainda conforme Bourdieu, um mínimo de capital econômico é fundamental para que o indivíduo consiga inserir-se em um grupo; e, uma vez que isto ocorra, cria-se um círculo de relacionamentos, relativamente independente do capital econômico.⁵¹ O capital social, assim, é capaz de ampliar as oportunidades do indivíduo porque facilita sua inserção nas altas camadas de poder político, econômico e social. De acordo com Bebbington, o acesso pode ser visto como analiticamente anterior à constituição da plataforma de ativos, pois acesso a outros atores precede o acesso a recursos.⁵²

Bourdieu esclarece que “as condutas dos agentes jurídicos podem sujeitar-se mais ou menos às exigências da lei dependendo da composição do grupo de decisão ou dos atributos dos que estão sujeitos à jurisdição.”⁵³ O autor afirma que a prática dos agentes encarregados de produzir o Direito ou de aplicá-lo deve muito às finalidades que unem os detentores do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico. Nesse sentido, o Direito pode ser um instrumento útil para oprimir os grupos dominados, visto que grupos mais vulneráveis, portanto, dominados, serão investigados, inquiridos, e/ou processados por grupos mais fortes, portanto, dominantes, neste trabalho, exemplificados por polícia, promotores, juízes.

Continuando as observações a respeito dos processos analisados, foi possível perceber que a realização de TACs tem sido a principal solução utilizada para resolver os casos de degradação ambiental e de desenvolvimento de atividades irregulares. Quando realizado o acordo, é comum o Ministério Público solicitar a apresentação de um projeto técnico de reconstituição da flora (PTRF), além de determinar a aquisição e o plantio de mudas. Aceita a proposta, é concedido um prazo para que a regeneração da área ocorra, e, durante esse período, o autuado deverá comparecer mensalmente ao fórum para prestar contas. O custo do PTRF, de acordo com os dados constantes nos processos, inicia-se em R\$1.500,00, na modalidade mais simplificada, podendo chegar a valores bem maiores, dependendo da situação do local e das exigências da justiça.

Para que a justiça possa determinar as medidas de reparação e/ou compensação do dano ambiental, é necessário que exista um laudo atestando a existência e a extensão desse dano. Esse laudo é realizado por órgão estadual ou por profissional particular habilitado, desde que custeada pelo agente causador do dano. Nesse último caso, o infrator arcará, portanto, com dois pagamentos no valor de R\$272,00, um no começo do processo para constatar o dano, e outro, ao final, para averiguar o cumprimento das obrigações assumidas.

Muitos dos TACs analisados tiveram de ser executados porque, embora tenham sido aceitos, a pessoa infrigente não conseguiu cumprir o seu. Acredita-se que a pessoa aceita

a proposta por se sentir intimidada diante do cenário forense, mas, na verdade, pouco compreende acerca do que está sendo proposto, mesmo porque, na maioria dos casos, não está acompanhada de advogado.

Embora o TAC seja apresentado como uma forma mais célere de resolução do problema, porque evita o embate judicial que pressupõe produção de provas, não significa que, a partir de então, a questão será encerrada. Durante o período de cumprimento do ajuste, deve haver o comparecimento mensal à sede do Ministério Público para prestação de contas. Os agricultores que passaram por essa experiência enfatizaram que o fato de terem de comparecer ao fórum comprometia o trabalho na propriedade, pois representava perda de dia de serviço, em um contexto em que a mão de obra é escassa e a direção dos trabalhos corre por conta apenas do dono da terra: “mão de obra é muito difícil de achar [...] É a gente mesmo [...] Se sair, perde o dia [...]”

Se, além de dano ambiental, o fato configurar crime ambiental, será lavrado um Termo Circunstanciado de Ocorrência que será encaminhado ao Juizado Especial Criminal. Se o crime apresentar pena máxima superior a dois anos, o fato deverá ser investigado por meio de inquérito, que será encaminhado para a Justiça Comum. Durante a pesquisa realizada na Comarca de Viçosa, foram constatados apenas dois processos em curso na Justiça Comum, no período em estudo. Os demais casos tramitam no Juizado Especial Criminal.

A maior parte dos processos em trâmite no Juizado Especial foi solucionada por meio da transação penal que se concretizou em uma multa no valor de um salário-mínimo, cujo pagamento, em geral, foi feito de modo parcelado. A determinação, geralmente, é para que o valor seja depositado em uma conta do Tribunal de Justiça ou na conta do Fundo Nacional do Meio Ambiente, mas foram constatados muitos casos em que a determinação era para que o agente depositasse o dinheiro na conta bancária de alguma instituição beneficente municipal, como Mobilização Educativa Maria da Conceição Batalha, Associação Protetora de Animais ou Associação São Vicente de Paula. De acordo com determinação da lei de crimes ambientais, os valores arrecadados devem ser destinados ao Fundo Nacional do Meio Ambiente para reparar o dano onde houve o impacto. Entretanto, como não foi instituída forma de controle para esse procedimento, nem sempre ele é cumprido.

Nos casos em que o agente tenha sido beneficiado pela transação penal há menos de cinco anos, ou tenha sido condenado à pena privativa de liberdade, não é possível a proposição de novo acordo; a condenação, então, costuma ser a uma pena de detenção, de seis meses a um ano. De acordo com o artigo 60, § 2º, do Código Penal,⁵⁴ cabe ao Estado, ao aplicar a pena de detenção, apresentar a opção de substituição desta por uma pena pecuniária. Nos casos analisados, tais penas foram substituídas por prestações pecuniárias a entidades beneficentes, em valores que variavam de R\$1.000,00 a R\$2.000,00, sempre parceladas.

A partir da leitura e da análise realizadas, foi possível observar que, na primeira instância, os processos, com frequência, seguem o rito de forma bastante padronizada; embora, algumas vezes, os fatos sejam diferentes, a modalidade e a duração da pena são as mesmas. Em alguns

casos, foi possível notar algumas disparidades em relação ao valor da multa aplicada. Foram observadas situações em que o juiz aplicou pena de multa de um salário mínimo em razão do desmate de 0,15 hectares de terra. Em outro processo, aplicou a mesma pena em razão de desmate de um hectare de terra. E em outro, ainda, aplicou a mesma pena de um salário mínimo a um indivíduo que havia vendido 16 pássaros silvestres. A respeito desse último caso, que não se trata de um agricultor familiar, o infrator estava respondendo ao sexto processo por venda de pássaros silvestres e, em todos os casos, as penas por ele recebidas eram inferiores ao valor recebido pela venda de cada pássaro.

Quanto à característica de a maior parte dos crimes previstos na Lei de Crimes Ambientais contar com penas máximas inferiores a dois anos e, portanto, serem processados no Juizado Especial Criminal, compreende-se que seja uma escolha do legislador coerente com os interesses que havia por trás da criação dessa lei. Entretanto, a aplicação mecânica de penas mínimas aos diversos tipos de infração reflete uma despreocupação com a função social da pena, pois um agricultor que cortou árvores para fazer cerca recebeu a mesma pena que um infrator reincidente na venda de pássaros silvestres. A ideia que transparece é a de que o Direito foi brando para o criminoso e árduo para o trabalhador. Além disso, para o infrator que vendia pássaros, funcionou como um incentivo, pois a pena foi bem menor do que o benefício auferido, e ainda foi parcelada. Tanto que esse infrator já estava respondendo ao sexto processo pela mesma prática.

A esse respeito, vale mencionar a ideia de Dworkin, que propõe interpretar a prática jurídica como uma atividade dinâmica que compreenda o Direito como um processo em desenvolvimento contínuo. Essa ideia nega o traço convencionalista de Direito unicamente como relato de fatos estabelecidos no passado e propõe uma atividade interpretativa que combine tanto elementos voltados para o passado quanto para o futuro.⁵⁵

Em relação aos acórdãos do Tribunal de Justiça de MG (TJMG) que foram analisados, não se observou a mesma linha padronizada das decisões. Quanto à venda de pássaros silvestres, o TJMG tem se posicionado favoravelmente à condenação aplicada pelos juízes de primeira instância, inclusive com reconhecimento de causas de aumento de pena. Já em relação aos desmates realizados por agricultores familiares, há decisões do TJMG compreendendo que não existe adequação social em punir pessoas que provocam danos ambientais mínimos na busca pela subsistência. Dessa forma, não manteve a decisão de primeira instância e absolveu o acusado.

Considerando a área mínima desmatada; considerando a situação real da acusada; considerando a necessidade inquestionável de ter-se a subsistência familiar como valor superior ao bem atingido que, aliás, é passível de recomposição, conforme laudo do IEF, f. 13/14, não se mostra socialmente adequada uma punição criminal a quem, como visto, já é punida pela própria carência a que está submetida, juntamente com sua família.⁵⁶

Apesar de as instâncias superiores apresentarem uma visão mais moderada da situação e considerarem o contexto social das partes envolvidas para a elaboração da decisão, poucos processos chegam a ser analisados pelo tribunal, visto que razões diversas, como a baixa renda e o baixo grau de instrução, fazem com que dificilmente a questão chegue até as instâncias recursais. Da sentença que homologa o acordo de transação penal cabe um único recurso, que é a apelação, mas também esse é muito pouco utilizado, mesmo porque, por ser a transação penal uma espécie de acordo, pressupõe-se que os dois lados estejam cientes e dispostos a cumprir o combinado.

O baixo quantitativo de infrações ambientais praticadas por agricultores que chega ao conhecimento dos tribunais demonstra que esse grupo possui uma dificuldade de acessar as instâncias superiores, até porque isso não é possível sem a presença de um advogado/defensor. Sobre esse aspecto, vale mencionar Niederle e Grisa, de acordo com os quais o conjunto de ativos (na pesquisa aqui relatada, o acesso tem sido compreendido como um ativo) constitui a base de poder dos atores, pois é o que permite a eles se reproduzirem e alterarem as estruturas institucionais sob as quais a reprodução ocorre.⁵⁷ Nessa perspectiva, possibilitar acesso aos ativos torna-se uma política de empoderamento, uma vez que afeta as relações de poder que geralmente dificultam aos indivíduos e grupos construir suas estratégias para garantir a vida.

Sobre a divergência de opiniões entre os juízes de primeira instância e os desembargadores do tribunal, Bourdieu afirma que todo campo pode ser dividido em regiões menores, os subcampos.⁵⁸ Nesse sentido, as instâncias judiciais (inferiores e superiores) podem ser consideradas subcampos do campo do direito. Nesses subcampos, as frações sociais dominantes impõem a sua espécie de capital como princípio de hierarquização do campo. Não se trata de uma luta meramente política, mas de uma luta, na maioria das vezes inconsciente, pelo poder. Por esse raciocínio, ao reformar as decisões de primeira instância e apresentar pareceres mais elaborados e atualizados de acordo com as discussões contemporâneas, as instâncias superiores estariam firmando o seu poder perante as instâncias jurídicas inferiores.

De acordo com Bourdieu, aqueles que compõem o campo jurídico concorrem pelo monopólio do direito de “dizer o direito”, ou seja, de apresentar a interpretação definitiva do fato à luz do direito, o veredito.⁵⁹ “São agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar um texto que consagra a visão legítima, justa, do mundo social.”⁶⁰ Assim, Bourdieu ressalta que eles próprios se dividem em grupos com interesses divergentes e, até mesmo opostos, em função da posição na hierarquia interna.⁶¹

A partir das leituras processuais, apresentam-se, também, aqui, algumas considerações a respeito da lei de crimes ambientais, que parecem importantes. A primeira observação dá conta de que existe uma dependência da lei ambiental em relação ao Direito Administrativo. Em muitos casos, a lei ambiental necessita se valer do Direito Administrativo para definir

o tipo penal. Essa característica tem sido denominada pela doutrina como “acessoriedade administrativa.”⁶² Assim, muitos tipos penais descritos necessitam de complementação dada por portarias ou resoluções. Além disso, grande parte das ações tipificadas como crime ambiental descreve um fato em que o agente praticou uma conduta, sem a autorização ou a permissão do órgão ambiental competente. Assim, o que caracteriza o crime é a falta da autorização administrativa.

Reconhece-se a importância da regulamentação administrativa no caso dos crimes ambientais, pois tais normas abordam temas específicos, por exemplo, níveis de poluição, o que talvez seja difícil de ser previsto no texto da lei. Mas acredita-se que mais importante do que averiguar se existe a autorização do órgão competente é averiguar se, de fato, ocorreu o dano ambiental e, ainda, se houve dolo/culpa na conduta do agente. Em muitos processos analisados, não foi possível constatar o dolo do agricultor, nem mesmo o dano, pois, em razão da demora na realização das perícias, muitas vezes, a própria natureza se encarrega da recomposição do ambiente.

Outro aspecto que pode ser pontuado se refere ao fato de os atos administrativos poderem ser modificados de forma mais fácil do que as leis. E, se grande parte da legislação destinada a coibir crimes ambientais vincula-se a definições e especificações constantes em atos administrativos, aquela também se torna facilmente mutável, o que comprometeria a segurança jurídica dos destinatários.⁶³ Além disso, ainda existe o risco de criminalizar meras desobediências administrativas, que podem não acarretar dano ou risco de dano ao bem jurídico tutelado que é o meio ambiente. Assim, pune-se a falta de permissão ou autorização e não o prejuízo ambiental que a conduta poderia causar, pois esse não é avaliado.⁶⁴ Por fim, tal prática pode abrir margem para o arbítrio da autoridade administrativa responsável pela fiscalização.⁶⁵

Compreende-se que essa vinculação entre a legislação ambiental e o Direito Administrativo seja um aspecto que dificulta bastante o cumprimento da norma, pois a prática da conduta correta depende, em certa medida, de alguma instrução ou assessoria, e, muitas vezes, também, do pagamento de taxas. Mais uma vez, portanto, volta-se à questão do acesso. De acordo com Bebbington, frequentemente, o acesso constitui o recurso mais crítico. Melhorar o acesso a ativos remete ao desenvolvimento tanto de capacidades individuais e coletivas quanto das estruturas de oportunidade (contexto social, político e econômico) que constroem ou facilitam o acesso.⁶⁶

Com relação às funções da pena, cabe mencionar que, de forma geral, são duas as funções básicas: a repressão ao crime perpetrado e a prevenção de novos delitos. Portanto, os seus principais objetivos são reeducar o infrator e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado. Pelas razões expostas anteriormente, acredita-se que, da forma como o Estado tem tratado a questão ambiental, ele não tem conseguido reeducar os que agem trazendo prejuízo ao meio ambiente e, também, não tem coibido a ação criminosa. Apesar de haver

uma legislação considerada moderna e uma doutrina ampla sobre o tema, a aplicação do direito no que se refere às questões ambientais reafirma uma justiça lenta, burocrática e, muitas vezes, desigual, o que amplia o descrédito da sociedade em relação ao Estado e às instituições.

As entrevistas evidenciaram esse aspecto, na medida em que permitiram ouvir, de quem figurou ou figura na condição de réu, não apenas aquilo que já se esperava a respeito de custos, aborrecimentos, tratamento desigual, mas também relativamente à falta de confiança nas autoridades, nas instituições e no Estado. Os entrevistados não se posicionaram contra a lei; mas se manifestaram contra quem faz a lei e contra quem a aplica. Isto demonstra que as experiências dessas pessoas com relação à justiça deixaram o sentimento de decepção, de desconfiança e de desamparo. De acordo com Bourdieu, “a eficácia do direito surge na medida em que ele é socialmente reconhecido e se depara com um acordo, mesmo tácito e parcial, de resposta às necessidades e interesses reais.”⁶⁷

Ainda conforme Bourdieu, enquanto pertencente à ordem da ideologia ou dos sistemas simbólicos, o Direito não faz senão consagrar simbolicamente o estado da correlação de forças entre os grupos. O autor esclarece, entretanto, que “a eficácia simbólica do direito acontece menos por intenções conscientes e mais pelos mecanismos estruturais.”⁶⁸ O que ocorre é que os detentores de posições dominantes no campo jurídico, como policiais, promotores e juízes, tendem a ser mais favoráveis à clientela dos dominantes e isso aumenta, ainda mais, a inferioridade dos dominados, no caso em tela, os agricultores familiares. E assim, Bourdieu conclui que “o campo jurídico consagra o esforço dos grupos dominantes para imporem uma representação oficial do mundo social que esteja de acordo com seus interesses.”⁶⁹

A convergência das posições tomadas pelo Judiciário com os interesses dos grupos economicamente mais fortes decorre, segundo Bourdieu,⁷⁰ da proximidade de *habitus* daqueles que compõem o Poder Judiciário com aqueles que representam o grupo dos dominantes, devido a formações familiares e escolares que receberam. Assim, de acordo com o autor, “há poucas probabilidades de as decisões judiciais desfavorecerem os dominantes. A própria lógica dos textos jurídicos, repletos de lacunas e ambiguidades, estão adequados aos interesses e valores dos dominantes.”⁷¹

Desse modo, Bourdieu, na obra acima citada, conclui que o Direito é uma forma de poder simbólico. No mesmo sentido, vale lembrar, aqui, um juiz americano, mencionado por Dworkin, na obra “O império do Direito”, que dizia ter mais medo de um processo judicial do que da pena de morte ou dos impostos a serem pagos, isto porque, os processos judiciais, dizia esse juiz, têm, às vezes, consequências muito amplas e imprevisíveis.

Não à toa os símbolos do Direito (espada, martelo, balança, toga, pena) estão ligados à ideia de força, pois o poder que nele reside de fato é capaz de trazer para o cidadão o sentimento de temor. Por meio do veredito (do latim: verdadeiramente dito), o Direito classifica e define a pessoa, pois ele representa “a palavra autorizada, a palavra pública,

oficial, enunciada em nome de todos e perante todos por mandatários autorizados de uma coletividade.⁷² Por meio da decisão judicial, o indivíduo é classificado perante a sociedade como honesto, criminoso, bom/mau caráter.

As consultas e análises processuais e, principalmente, as entrevistas realizadas com os agricultores evidenciaram a condição desses sujeitos como súditos do Direito. À luz da literatura dos meios de vida, foi possível perceber que a lei interfere, de maneiras diversas, na forma de as pessoas ganharem a vida, mas as principais interferências por ela produzidas não se referem ao aspecto econômico, mas aos acessos, seja às instâncias públicas, às concessões da lei ou aos órgãos que poderiam ajudá-los. Falta capital econômico e, conseqüentemente, capital social que possa lhes auxiliar, nesses espaços, a exercerem os direitos que, muitas vezes, a lei lhes concede, mas que ficam apenas no papel.

De acordo com Niederle e Grisa,⁷³ o acesso envolve, basicamente, as esferas do mercado, do Estado e da sociedade civil em suas diferentes escalas. Cada uma dessas esferas sociais possui sua própria lógica de ação, exigindo determinados comportamentos dos agentes e influenciando, ao seu modo, a distribuição, o controle e a transformação dos ativos.⁷⁴ Conforme Bebbington, as dificuldades de democratização do acesso decorrem, principalmente, do fato de que as pessoas com maior dotação inicial de ativos dominam os recursos, uma vez que conseguem constituir relações mais próximas aos atores do mercado, do Estado e da sociedade civil. Pessoas com menores dotações apresentam capacidade limitada para construir redes que poderiam intermediar o acesso.⁷⁵

Desse modo, uma questão essencial passa a ser compreender como as pessoas com menos dotações podem desenvolver o acesso a atores e ativos; ou seja, quais são as formas de construir acessos? Por meio das entrevistas, foi possível notar que existe muita disposição, por parte dos agricultores e de seus familiares, para buscar formas de superar os obstáculos. O entusiasmo dos proprietários em reafirmar o desejo de permanecer no campo e de permanecer na luta por melhores condições vai ao encontro do viés otimista da abordagem dos meios de vida, de acordo com o qual as dificuldades conduzem à criação de novas estratégias de sobrevivência.

5 CONCLUSÕES

Por meio desta pesquisa, foi possível constatar que grande parte dos agricultores familiares da região estudada faz uso indevido da terra, e isso os coloca em situação vulnerável porque ficam sujeitos a uma autuação e, até mesmo, a um processo judicial, o que pode trazer conseqüências que vão muito além do custo monetário ou do desgaste pessoal.

Embora o Poder Judiciário, com frequência, utilize mecanismos extrajudiciais para solução de tais problemas, como é o caso dos TACs (Termos de Ajustamento de Conduta), a posição de desvantagem dos agricultores em face do poder do Estado foi evidenciada pela

incapacidade de tais sujeitos utilizarem os mecanismos legais de defesa, como a defesa técnica realizada por advogado ou mesmo o acesso aos recursos. Ficou evidenciado, portanto, que a lei é elemento constitutivo dos meios de vida porque, à medida que se apresenta como “geral e abstrata”, “igual para todos”, promove efeitos mais gravosos sobre aqueles que não possuem os acessos e as redes de relacionamento eficazes para lhes garantir imunidade. Nesse sentido, a lei funciona como um elemento de poder e, como tal, em lugar de promover o tratamento equânime entre os diversos grupos sociais, amplia e reforça o histórico de exclusão, já existente nas esferas social e econômica.

As consultas processuais realizadas mostraram que a exclusão social e econômica que marca a história da sociedade brasileira se reflete no campo jurídico, pois os grupos social e economicamente mais fortes encontram mais facilidade para se adequarem às exigências legais e, assim, escaparem das punições, enquanto os grupos mais vulneráveis enfrentam maiores dificuldades tanto para cumprir as obrigações legais, quanto para se defenderem das acusações e mostrarem suas limitações.

Constatou-se, ainda, que as decisões judiciais são bastante padronizadas e até mesmo o valor das multas estabelecidas nas transações penais costumam ter o mesmo valor, embora as infrações sejam diferentes. Apesar de a lei e o próprio Judiciário reconhecerem a condição de vulnerabilidade do agricultor, não existem medidas no sentido de corrigir o desnível, como a estruturação de órgãos (inclusive voluntários) que possam prestar assistência e oferecer apoio para viabilizar a defesa dos agricultores ou torná-la mais eficiente. Assim, as garantias constitucionais e legais, como o acesso aos recursos ou o direito de ser tratado com dignidade ou de receber uma pena proporcional à gravidade da conduta praticada, acabam ficando apenas no papel.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert et al. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 69-99. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: nov. 2014.

BEBBINGTON, Anthony. Capitals and capabilities: a framework for analyzing peasant viability, rural livelihoods and poverty. **World Development**, United Kingdom, v. 27, n. 12, p. 2021-2044, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Tradução Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1984.

_____. **Coisas ditas**. Tradução Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União** (DOU), Rio de Janeiro, Seç. 1, p. 23911, 31 dez. 1940. (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Inteiro teor dos acórdãos: leis especiais**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>.

BRITO, Diná T. de. Linguagem: o poder no discurso jurídico. **Diálogo e Interação**, Paraná, v. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos14.pdf>>. Acesso em: maio 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: VILARDI, Celso S.; BRESSER-PEREIRA, Flávia R.; DIAS NETO, Theodomiro. **Direito penal econômico: análise contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189-222.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

_____. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, em 2 de dezembro de 1970**. 16. ed. Tradução Laura F. de A. Sampaio. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. **História da loucura na Idade Clássica**. 8. ed. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2008.

_____. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Tradução Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

LACLAU, Ernesto. A política e os limites da modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa B. **Pós-modernismo e política**. Rio de Janeiro: Rocco, 1991. p. 127-150.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEURER, José Luiz. Aspectos do processo de produção de textos escritos. **Trab. de Ling. Apl.**, Campinas, v. 21, p. 49-62, jan./jun. 1993. Disponível em: <<http://revistas.iel.unicamp.br/index.php/tla/article/view/2632/2042>>. Acesso em: maio 2013.

MINAS GERAIS (Estado). **Decreto nº 44.844, de 25 de junho de 2008**. Estabelece normas para licenciamento ambiental e autorização ambiental de funcionamento, tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=7966>>. Acesso em: jan. 2013.

NIEDERLE, Paulo André; GRISA, Catia. Diversificação dos meios de vida e acesso a atores e ativos: uma abordagem sobre a dinâmica de desenvolvimento local da agricultura familiar. **Cuadernos de Desarrollo Rural**, v. 5, n. 61, p. 41-69, 2008. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11713138002>>. Acesso em: 16 maio 2016.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso**: uma crítica à afirmação do óbvio. Tradução Eni P. de Orlandi et alii. Campinas: Editora da UNICAMP, 1988.

RINALDI, Alessandra de Andrade. **Sexualização do crime no Brasil**: um estudo sobre criminalidade feminina no contexto das relações amorosas (1890-1940). Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto. **Limites da menoridade**: tutela, família e autoridade em julgamento. 2002. 350f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2002.

WOORTMANN, Klaas. Com parente não se neguecia: o campesinato como ordem moral. **Anuário Antropológico**, Brasília, v. 87, p. 11-73, 1990.

1 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

2 MINAS GERAIS (Estado). **Decreto nº 44.844, de 25 de junho de 2008**. Estabelece normas para licenciamento ambiental e autorização ambiental de funcionamento, tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=7966>>. Acesso em: jan. 2013.

3 A lei admite que a multa seja parcelada em até sessenta parcelas mensais, observados os requisitos legais.

4 WOORTMANN, Klaas. Com parente não se neguecia: o campesinato como ordem moral. **Anuário Antropológico**, Brasília, v. 87, p. 11-73, 1990.

5 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

6 BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. Tradução Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 22.

- 7 BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Tradução Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1984. p. 119.
- 8 Idem.
- 9 BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Tradução Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1984.
- 10 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 8.
- 11 Idem, p. 11.
- 12 Idem, op. cit.
- 13 SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 230.
- 14 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- 15 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.
- 16 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 255.
- 17 DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.
- 18 BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert et al. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 69-99. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: nov. 2014.
- 19 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- 20 MEURER, José Luiz. Aspectos do processo de produção de textos escritos. **Trab. de Ling. Apl.**, Campinas, v. 21, p. 49-62, jan./jun. 1993. Disponível em: <http://revistas.iel.unicamp.br/index.php/tla/article/view/2632/2042>>. Acesso em: maio 2013.
- 21 FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Tradução Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- 22 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002.
- 23 Idem.
- 24 FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Tradução Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- 25 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 237.
- 26 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2013.
- 27 FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. 8. ed. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- 28 VIANNA, Adriana de Resende Barreto. **Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento**. 2002. 350f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2002. p. 94.
- 29 Idem.
- 30 RINALDI, Alessandra de Andrade. **Sexualização do crime no Brasil: um estudo sobre criminalidade feminina no contexto das relações amorosas (1890-1940)**. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2015. p. 29.
- 31 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002.
- 32 Idem.
- 33 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- 34 FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, em 2 de dezembro de 1970**. 16. ed. Tradução Laura F. de A. Sampaio. São Paulo: Loyola, 2008. p. 77-78.

- 35 FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, em 2 de dezembro de 1970. 16. ed. Tradução Laura F. de A. Sampaio. São Paulo: Loyola, 2008.
- 36 Ibid, p. 12.
- 37 Ibid, p. 13.
- 38 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- 39 **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, em 2 de dezembro de 1970. 16. ed. Tradução Laura F. de A. Sampaio. São Paulo: Loyola, 2008. p. 56.
- 40 LACLAU, Ernesto. A política e os limites da modernidade. In: HOLLANDA, Heloísa B. **Pós-modernismo e política**. Rio de Janeiro: Rocco, 1991. p. 127-150.
- 41 Idem.
- 42 BRITO, Diná T. de. Linguagem: o poder no discurso jurídico. **Diálogo e Interação**, Paraná, v. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos14.pdf>>. Acesso em: maio 2016.
- 43 PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso**: uma crítica à afirmação do óbvio. Tradução Eni P. de Orlandi et alii. Campinas: Editora da UNICAMP, 1988.
- 44 BRITO, op. cit.
- 45 Idem.
- 46 BRITO, op. cit.
- 47 BRITO, op. cit.
- 48 Sargento da Polícia Militar do Meio Ambiente, entrevista março de 2015.
- 49 SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.
- 50 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- 51 Idem.
- 52 BEBBINGTON, Anthony. Capitals and capabilities: a framework for analyzing peasant viability, rural livelihoods and poverty. **World Development**, United Kingdom, v. 27, n. 12, p. 2021-2044, 1999.
- 53 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 223.
- 54 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União (DOU)**, Rio de Janeiro, Seç. 1, p. 23911, 31 dez. 1940. (Publicação Original). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.
- 55 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- 56 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Inteiro teor dos acórdãos**: leis especiais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>.
- 57 NIEDERLE, Paulo André; GRISA, Catia. Diversificação dos meios de vida e acesso a atores e ativos: uma abordagem sobre a dinâmica de desenvolvimento local da agricultura familiar. **Cuadernos de Desarrollo Rural**, v. 5, n. 61, p. 41-69, 2008. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11713138002>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- 58 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 6. ed. Ri

FAMILY FARMERS AS DEFENDANTS IN ENVIRONMENTAL JUDICIAL CASES: REFLECTIONS ON THE SYMBOLIC POWER OF THE LAW

ABSTRACT

Farmers often face problems related to environmental legislation. This article aims at reflecting on the consequences of court proceedings in the lives of said farmers. The methodologies used were consultations and interviews. The main results show that the condition of vulnerability that affects these farmers, from both a social and an economic point of view, extends to the judicial field. While there is the assumption that justice seeks to resolve issues with equality, it was found that the economically and socially disadvantaged groups are also the ones that are hit the hardest by the solution of the dispute.

Keywords: Environmental legislation. Family farmers. Judicial lawsuits. Symbolic power.

Submetido: 13 out. 2016

Aprovado: 12 maio 2017

O EFEITO REPRISTINATÓRIO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A VEDAÇÃO DE DECISÕES SURPRESA

*Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira**
*Eduardo Alexandre Young Abrahão***

1 Introdução. 2 Ato inconstitucional e sanção. 3 Origem e conceito do efeito repristinatório. 4 Aplicação do efeito repristinatório. 5 Restrição à aplicação do efeito repristinatório. 6 Efeito repristinatório no controle difuso. 7 Proibição legal de o magistrado proferir decisões inovando sem prévio contraditório. 8 Conclusões. Referências.

RESUMO

O ato normativo inconstitucional é nulo. Quando é declarada a inconstitucionalidade de um ato normativo, os atos revogados por aquele serão automaticamente restabelecidos, já que não revogados validamente. Esta é a essência do chamado efeito repristinatório, que não se confunde, apesar da similitude semântica, com a repristinação. O efeito repristinatório será aplicado de forma automática na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo. Ocorre no controle de constitucionalidade em geral; resta saber se, no controle difuso, deverá ser adotada a cautela de ser observado o contraditório a respeito, especialmente por força dos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil atual.

Palavras-chave: Ato inconstitucional. Nulidade. Efeito repristinatório. Controle difuso e contraditório.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de pouco usual, uma lei, ou mesmo um ato administrativo, pode restaurar outro já revogado, desde que o faça expressamente. A repristinação,¹ nessa seara, não pode ser tácita,² diante

* Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Mestre em Direito do Estado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Procurador do Estado de São Paulo n. V. Foi membro eleito do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito e graduação da UNAERP. Foi Professor de direito constitucional do Curso LFG. Professor convidado de cursos de pós-graduação (PUC-COGEAE, UFBA, Escola Superior do Ministério Público, JUSPODIVM, FAAP e USP-FDRP), orientador da pós-graduação da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e da pós-graduação de Processo Civil da USP-FDRP. Membro do Conselho Curador da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Autor de livros jurídicos. Avaliador de Cursos de Direito e IES: designado pelo Ministro da Educação Portaria nº 1.137, de 10 de setembro de 2010. E-mail: <olavoferreira@hotmail.com>.

** Mestrando em Direito pela Unaerp, onde é Professor da Graduação. Foi advogado, Procurador do Estado e atualmente é Juiz de Direito. E-mail: <eabrahao@tjsp.jus.br>.

da expressa previsão legal.³ Ela é típica do processo legislativo e também pode se fazer presente na edição de atos administrativos.

No controle concentrado de constitucionalidade, ocorre fenômeno às vezes confundido com a repristinação. Ao ser expurgado do ordenamento jurídico determinado texto ou trecho de texto legal ou de ato normativo, diante da sua nulidade, automaticamente os atos normativos anteriores são considerados não revogados validamente. Aqui, diversamente, não se trata de repristinação, mas de “efeito repristinatório”⁴ e, ao contrário da repristinação, esse efeito é sempre tácito ou automático.⁵⁻⁶

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, no exercício do controle de constitucionalidade, pode decidir por afastar o efeito repristinatório,⁷ particularmente quando o efeito repristinatório possa gerar situação indesejada de restabelecer lei ou ato administrativo anterior inconstitucional, inclusive não impugnado na ação direta,⁸ como prevê o texto do §2º do art. 11 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.⁹

Consideramos o livro de Clèmerson Merlin Clève,¹⁰ cuja primeira edição surgiu em 1995, como marco teórico no Direito brasileiro sobre efeito repristinatório no controle abstrato.¹¹

O efeito repristinatório, no controle abstrato, foi objeto de vários estudos, conforme ser verificará no desenvolvimento deste trabalho. Entretanto, resta sua apreciação no controle difuso, impondo-se a investigação se a aplicação do efeito repristinatório deverá observar a previsão do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015,¹² a qual proibiu que sejam proferidas decisões sobre temas não submetidos previamente ao contraditório, ainda que a matéria, como há hipótese em estudo, seja de ordem pública (artigos 9º¹³ e 10º¹⁴).

Trata-se da vedação das “decisões-surpresa”¹⁵, versando este estudo sobre a sua aplicação, quando há declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

Optamos pela divisão do desenvolvimento do trabalho em sete partes: trataremos do ato inconstitucional e a respectiva sanção; a origem e o conceito do efeito repristinatório; a sua aplicação; a restrição à aplicação do efeito repristinatório; o efeito repristinatório no controle difuso e a proibição legal de o magistrado proferir decisões inovando sem prévio contraditório, externando as conclusões ao final.

O método dedutivo foi adotado, realizando a pesquisa bibliográfica, e consiste na análise crítica sobre a doutrina nacional e sobre precedentes do Supremo Tribunal Federal, visando a consolidar entendimento para o desenvolvimento da problemática exposta.

2 ATO INCONSTITUCIONAL E SANÇÃO

Algumas palavras são necessárias acerca da inconstitucionalidade e da sua respectiva sanção, antes de tratarmos do efeito repristinatório. A inconstitucionalidade, vício que:

Não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade, que é a consequência estabelecida pela Constituição para a sua violação: a

providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verifique espontaneamente ou dependa de intervenção coativa, far-se-á uso dos remédios constitucionais, ou seja, dos instrumentos de garantia compreendidos no chamado controle de constitucionalidade.¹⁶

Impende salientar que não há previsão expressa na Constituição da sanção cominada ao ato inconstitucional, o que caracteriza o princípio da nulidade¹⁷ como implícito,¹⁸ sendo extraído do controle difuso de constitucionalidade.¹⁹

Na doutrina,²⁰ defende-se que a modalidade de controle de constitucionalidade adotada identifica a sanção:

O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos *ab initio* ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia *erga omnes* e não retroativas ou com retroatividade limitada.²¹

Canotilho concorda com os ensinamentos acima: “No caso do *judicial review* o efeito típico é o da nulidade e não simples anulabilidade.”²² E afirma: a sanção nulidade é típica do controle difuso. Convém lembrar que: “A sanção de nulidade é tida como a mais eficiente no que diz respeito à preservação da supremacia das normas constitucionais, por impedir o ingresso do ato legislativo no plano da eficácia desde o seu nascedouro (*ab initio*), automaticamente (*pleno iure*).”²³

Acrescentamos que a Constituição Federal dispõe, em cinco oportunidades,²⁴ que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória, e não podemos desprezar o termo empregado pelo Poder Constituinte Originário, já que não há palavras inúteis no texto da Lei Maior.²⁵ Esse fundamento reforça a tese da nulidade do ato inconstitucional, considerando que, segundo a doutrina, as decisões declaratórias²⁶ reconhecem atos nulos,²⁷ não anuláveis.²⁸

Assim, pertence à tradição jurídica brasileira²⁹ a teoria da nulidade da lei inconstitucional, fundada no aforismo pelo qual “inconstitucional statute is not law at all.”³⁰

Firmou-se o dogma da nulidade da lei inconstitucional na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,³¹ conferindo-se à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*. Como consequência, impõe-se o desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tiverem ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional.

Verificada a premissa inicial no sentido da existência da sanção nulidade no ordenamento pátrio, resta conceituar o objeto do nosso estudo.

3 ORIGEM E CONCEITO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO

O efeito repristinatório é admitido pelo Pretório Excelso,³² desde a Constituição anterior,³³ como decorrência do princípio da nulidade do ato inconstitucional.³⁴ No direito estrangeiro, verificamos a existência do efeito em testilha em Portugal³⁵ (artigo 282.1 da Constituição Portuguesa),³⁶ na Áustria (art. 140.6)³⁷ e na Alemanha (art. 35, Lei da Corte Constitucional Federal).³⁸

A norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que tratava da mesma matéria, uma vez que nasceu nula;³⁹ este é o efeito repristinatório. Na verdade, ocorre, na hipótese, uma pseudo-revogação.⁴⁰ O fenômeno depende da atuação do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade ou mesmo de ofício pelo Chefe do Poder Executivo, como veremos adiante.

Na feliz síntese de Rui Medeiros: “A norma pretensamente revogada pela norma inconstitucional se mantém em vigor.”⁴¹ Declarada a inconstitucionalidade da norma revogadora, constata-se que ocorreu uma mera pretensão da norma nula revogar outra norma.⁴²

Vem a propósito afirmar que repristinação e efeito repristinatório são vocábulos inconfundíveis,⁴³ pois “a termos diversos não se deve atribuir o mesmo conteúdo.”⁴⁴ Clèmerson Clève⁴⁵ aponta as diferenças entre os institutos. O efeito repristinatório é “O fenômeno da reentrada em vigor da norma *aparentemente* revogada. Já a *repristinação*, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma *efetivamente* revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora.”⁴⁶

Esta somente é permitida caso exista previsão legislativa expressa, por vedação da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, artigo 2º, parágrafo 3º, outras vezes referido.

A repristinação é um fenômeno legislativo que versa sobre vigência. O efeito repristinatório é uma decorrência da declaração de nulidade de um ato normativo que não revogou validamente outro, envolvendo duas leis ou atos normativos e uma decisão judicial ou ato normativo editado pelo Chefe do Poder Executivo.

Em síntese, na repristinação, temos um instituto que envolve a vigência de três atos normativos, todos válidos, ao passo que, no efeito repristinatório, temos duas leis, e a posterior não revogou validamente a anterior, diante da sua inconstitucionalidade.

Na doutrina⁴⁷ há quem se manifeste contrariamente ao efeito repristinatório, afirmando que não se harmoniza com o princípio da segurança jurídica, pois a restauração de atos normativos já revogados traz inconvenientes que teriam sido corrigidos pelo novo texto e restaurá-los seria de todo indesejável. Essa conclusão não pode ser aceita.

A ausência de tal efeito provocaria um vazio normativo, obrigando a integração da lacuna.⁴⁸ O efeito repristinatório é compatível **sim** com o princípio da segurança jurídica,⁴⁹ pois viabiliza a certeza da norma aplicável⁵⁰ sobre determinado assunto. Ademais, não houve revogação válida.

Não há risco de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo nesta hipótese, pois o efeito repristinatório é decorrência automática⁵¹ da decisão declaratória de inconstitucionalidade. As normas aparentemente revogadas pela norma inconstitucional “já estão latentes no ordenamento jurídico, não sendo, portanto, criadas pelo órgão de controle da constitucionalidade.”⁵²

4 APLICAÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO

A aplicação do efeito repristinatório é expressamente prevista no Direito positivo (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 2º)⁵³ quanto ao deferimento de medida cautelar em ADI ou ADC. Apesar da omissão daquele texto legal, a mesma regra é aplicável às decisões de mérito nas ações de controle abstrato, já que decorrente da nulidade do ato inconstitucional.⁵⁴

Quanto às decisões de mérito proferidas na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade,⁵⁵ não há dúvida da existência do efeito em estudo como regra. Resta saber: e a decisão prolatada na arguição de descumprimento de preceito fundamental?

Entendemos que apenas têm efeito repristinatório as decisões prolatadas neste último instrumento que reconheçam o descumprimento de preceito fundamental por parte de determinado ato normativo, uma vez que o efeito repristinatório é aplicável apenas aos atos normativos, e não a todo e qualquer ato do Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal⁵⁶ e a doutrina⁵⁷ entendem que o chefe do Poder Executivo pode descumprir a lei inconstitucional, com fundamento no princípio da constitucionalidade (que está acima da legalidade), no princípio da supremacia da Constituição e de diversas normas constitucionais, tais com as previstas nos artigos 23, I,⁵⁸ 85,⁵⁹ dentre outras. Uma vez afastada a norma inconstitucional pelo Executivo, é aplicável o efeito repristinatório?

A resposta é afirmativa, e aplicável o efeito em estudo diretamente pelo Poder Executivo pelos mesmos fundamentos que nos referimos quanto ao Poder Judiciário,⁶⁰ considerando-se que o Executivo não tem opção válida, salvo aplicar a norma aparentemente revogada, afastando a norma inconstitucional. Uma ressalva merece ser feita: uma vez apreciada a questão em processo objetivo, seja em sede cautelar⁶¹, seja de mérito, a posição do Judiciário é obrigatória, ante a existência do efeito vinculante. Da mesma forma, caso exista súmula com efeito vinculante sobre o assunto, deverá ser respeitada, sob pena de cabimento de reclamação em ambas as situações.

5 RESTRIÇÃO À APLICAÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO

Clèmerson Merlin Clève adverte para o fato de que nem sempre o efeito repristinatório é vantajoso. A norma que foi revogada pela norma declarada inconstitucional pode:

Padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado. Previne-se o problema com o estudo apurado das eventuais consequências que a decisão judicial haverá de produzir. O estudo deve ser levado a termo por ocasião da propositura, pelos legitimados ativos, da ação direta de inconstitucionalidade. Detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer, igualmente, já na inicial da ação direta, a declaração de inconstitucionalidade, e, desde que possível, a do ato normativo ressuscitado.⁶²

O Supremo Tribunal Federal aplicou o entendimento acima, conforme se percebe pelo trecho da ementa abaixo transcrita:

A questão do efeito repristinatório indesejado. Necessidade, em tal hipótese, de formulação de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, desde que também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Ausência de impugnação, no caso, do diploma legislativo cuja eficácia restaurar-se-ia em função do efeito repristinatório. Hipótese de incognoscibilidade da ação direta. Precedentes. Ação direta não conhecida.⁶³

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3660-MS, cujo Relator é Ministro Gilmar Mendes, foi reiterada pelo Pretório Excelso a possibilidade de modulação do efeito em estudo.⁶⁴

Daniel Sarmento manifesta-se favoravelmente à modulação do efeito repristinatório indesejável:

Entendemos que, da conjugação dos arts. 11, § 2º, e 27 da Lei 9868, é possível inferir uma autorização para que o STF, mediante um juízo de ponderação, restrinja ou até mesmo afaste os efeitos repristinatórios das decisões no controle de constitucionalidade. Mas, sempre que a restrição à repristinação decorrer não de um juízo sobre a inconstitucionalidade da lei revogada, mas de uma avaliação política do STF, calcada em 'razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social', pensamos que o quorum de 2/3, previsto no art. 27 da Lei 9.868, também deverá ser exigido.⁶⁵

Em síntese, o efeito repristinatório não deve ser aplicado nas hipóteses em que a norma revogada pela declarada inconstitucional também é inválida.⁶⁶ Aplicável à hipótese, o instituto da modulação ou restrição dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade.⁶⁷

6 EFEITO REPRISTINATÓRIO NO CONTROLE DIFUSO

Feitas as considerações sobre aplicação do efeito repristinatório no controle concentrado abstrato, resta abordar sua aplicação no controle difuso.⁶⁸

O efeito repristinatório, como dito, é decorrência do princípio da nulidade do ato inconstitucional⁶⁹⁻⁷⁰, portanto, não há como afastar sua aplicação no controle difuso.

Em Portugal, por exemplo, o efeito repristinatório é aplicável na fiscalização concreta de constitucionalidade.⁷¹

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se favoravelmente à aplicação do efeito repristinatório no controle difuso, com efeito apenas entre as partes, logicamente.⁷²

Não há como adotar entendimento em sentido diverso, considerando-se que o efeito repristinatório, repita-se, constitui em decorrência automática⁷³ da declaração da inconstitucionalidade, consoante vimos anteriormente, e as normas aparentemente revogadas pela norma inconstitucional “já estão latentes no ordenamento jurídico, não sendo, portanto, criadas pelo órgão de controle da constitucionalidade.”⁷⁴

É o caso de refletir se a Resolução do Senado, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, ao suspender os feitos da norma declarada inconstitucional pelo Supremo, acarreta efeito repristinatório da norma anterior, isto é, após a declaração de inconstitucionalidade, é editada resolução nos termos acima, e esta produz efeitos repristinatórios?

Entendemos que a resposta é afirmativa. Não deve prosperar o vácuo normativo, após a suspensão da eficácia, por Resolução, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, como a resolução do Senado não declara a inconstitucionalidade do ato normativo, mas simplesmente suspende os efeitos, não há efeito retroativo *erga omnes*, restando ao interessado ingressar com ação própria para discutir os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional, respeitadas a prescrição e decadência. O Supremo Tribunal Federal tem precedente sobre o assunto.⁷⁵

Não há fundamento, expresso ou implícito, apto para afastar a aplicação do efeito repristinatório no controle difuso, considerando-se que decorre do princípio da nulidade do ato inconstitucional, caracterizando-se como consequência automática da decisão que declara a inconstitucionalidade.

7 PROIBIÇÃO LEGAL DE O MAGISTRADO PROFERIR DECISÕES INOVANDO SEM PRÉVIO CONTRADITÓRIO

Os artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015⁷⁶ trouxeram a expressa necessidade do debate de temas que sejam utilizados pelo magistrado como fundamentos de decidir. Trata-se da vedação de “decisões surpresa”, tida como “incensurável”, por Araken de Assis,⁷⁷ valorizando o contraditório.

É comum o julgador notar, no curso do processo, a presença de tema de ordem pública que, por vezes, não é ventilado pelas partes ou pelo Ministério Público.

Classicamente, por força do disposto no art. 301, §4º⁷⁸, ou do art. 219, §5º⁷⁹, do Código de Processo Civil de 1973, conheceria da situação *ex officio* e extinguiria o processo,⁸⁰ mesmo sem qualquer debate a respeito.

Em época recente, no ano de 2006, facultou-se ao juiz a possibilidade de conhecer de ofício a prescrição de direitos disponíveis, a partir da modificação do texto do art. 219, §5º, do Código de Processo Civil de 1973, pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.⁸¹⁻⁸² Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.100.156/RJ,⁸³ julgado sob o rito dos repetitivos, dispensou a necessidade de ouvir a Fazenda Pública a respeito da ocorrência da prescrição anterior à propositura de ação por ela,⁸⁴ apoiado naquele fundamento.

Aquela conclusão, tida como “pacificada”, dificilmente se sustentará frente à letra expressa do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê, em homenagem ao contraditório, verdadeira obrigação ao magistrado, sob pena de nulidade, assim sintetizada: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”⁸⁵

Atualmente, deparando-se com a situação que não foi objeto de contraditório prévio para as partes,⁸⁶ o magistrado é obrigado a trazê-la à discussão, dando ciência aos litigantes e ao Ministério Público de sua existência para que possam se manifestar a respeito. Atuar de ofício não era, menos ainda hoje, fundamento bastante para deixar de lado o contraditório.⁸⁷

O magistrado, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, tem a prerrogativa de conhecer de ofício a inconstitucionalidade de leis ou atos administrativos em geral.⁸⁸ Como dito linhas acima, se tal acontecer, aplicará o texto do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 e submeterá o tema ao contraditório, conforme ressalta Araken de Assis: “É o que exige o processo justo e equilibrado.”⁸⁹

O problema, entretanto, pode emergir no efeito repristinatório presente no controle difuso. Aquele efeito é automático, acontece mesmo que não haja pronunciamento judicial expresso a respeito.

O fato de o efeito repristinatório ser automático não impede o julgador de se referir a ele. Aliás, melhor (*rectius*: necessário) que o faça, por causa do “sagrado” contraditório, evitando-se a nulidade da decisão proferida, por afronta ao art. 10 do Código de Processo Civil de 2015.

Prima facie, poder-se-ia supor que a omissão judicial⁹⁰ (em reconhecê-lo diretamente) não seria classificada como “decisão”, pois o efeito repristinatório não foi invocado como fundamento ou consequência do provimento. Portanto, de forma precipitada, poder-se-ia concluir não ser relevante a falta do contraditório.

É inegável, entretanto, o nexo de causalidade entre o efeito repristinatório e a decisão judicial. Aquele depende desta. Aqui, fatalmente, não houve contraditório por iniciativa do juiz, pois, em verdade, o efeito repristinatório passou despercebido por ele.

A consequência é uma decisão judicial carente de fundamentação adequada que abre margem à discussão a respeito da violação da letra do art. 10 do Código de Processo Civil, afetando o princípio do contraditório.

8 CONCLUSÕES

O princípio da nulidade do ato inconstitucional é implícito, extraído do controle difuso de constitucionalidade e da natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

O efeito repristinatório decorre do princípio da nulidade do ato inconstitucional.

No Direito estrangeiro, verificamos a existência desse efeito em Portugal (artigo 282.1 da Constituição Portuguesa), na Áustria (art. 140.6) e na Alemanha (art. 35 da Lei da Corte Constitucional Federal).

A norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que tratava da mesma matéria, uma vez que nasceu nula.

Repristinação e efeito repristinatório são inconfundíveis. Naquela temos um instituto que envolve a vigência de três atos normativos, todos válidos, ao passo que neste temos duas leis ou atos normativos, e o posterior não revogou validamente a anterior, diante da sua inconstitucionalidade.

O efeito repristinatório é compatível com o princípio da segurança jurídica, já que a sua inexistência provocaria um vazio normativo, obrigando a integração da lacuna.

O efeito repristinatório não deve restaurar ato normativo anterior inconstitucional. Ao ser reconhecida a inconstitucionalidade de um texto, a restauração do anterior só se opera se ele não padecer do mesmo vício.

Aplica-se o efeito em estudo na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo no controle concentrado e no controle difuso, pois se trata de consequência da nulidade do ato normativo revogador.

No controle difuso, dada sua natureza *inter partes*, é imprescindível que o efeito repristinatório aconteça depois de prévio contraditório, sob o risco de nulidade da decisão, por negativa de vigência do art. 10 do Código de Processo Civil em vigor.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1. p. 275.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O incidente de inconstitucionalidade: matéria jurídica. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 27, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/revista/Rev27/Revista27.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev08/arg/descump/Juliano.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BIENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [19--].

_____. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil, recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. No prelo.

GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento: direito do cidadão. **Caderno de Direito Constitucional e Internacional**, v. 8, n. 32, p. 99-106, jul./set. 2000.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante.” **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 16, p. 31-38, 1996.

GRIMBERG, Carl. **História universal: o império das pirâmides**. Tradução Jorge B. de Macedo. São Paulo: Azul, 1989. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. **Revista Forense**, v. 94, n. 341, p. 3-12, 1998.

LIMA, Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e outros. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Processo**, v. 25, n. 97, p. 241-250, jan./mar. 2000.

_____; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 4, ago. 1999. Disponível

em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/revista/rev04/efeitovinculante.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 7, n. 29, p. 24-36, out./dez. 1999.

_____. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **A ação declaratória de constitucionalidade**: a inovação da emenda constitucional n. 3 de 1993. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração da inexistência de outro meio eficaz. **Revista Jus Navigandi**, v. 5, n. 43, jul. 2000.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868 de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: [s.n.], 1983.

_____. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOORE, Blaine Free. The Supreme Court and unconstitutional legislation. **Studies in History, Economics and Public Law**, v. 54, n. 2, 1913.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. T. I.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 785, p. 46-72, mar. 2001.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

- PERTENCE, Sepúlveda. Informativo. **Jornal Correio Braziliense**, 20 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/Infordaagu/advgeral/artcbraz.doc>>. Acesso em: 18 mar. 2002.
- POLLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos Tribunais Superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 4, n. 13, 1996.
- ROGIERO, Nuno. **A lei fundamental da República Federal da Alemanha**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 13, n. 15, p. 105-171, 1978 .
- _____. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. especial, p. 159-185, set. 1998.
- SILVA, Vírgilio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.
- SILVA, José de Anchieta da. **A súmula do efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. Súmula de efeito vinculante. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental**: análises à luz da Lei n. 9882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Tratado da arguição de preceito constitucional fundamental**: (lei n. 9.868/99 e Lei n. 9882/99). São Paulo: Saraiva, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELLOSO, Caio Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – Efeito vinculante e outros temas. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 6, n. 25, p. 25, out./dez. 1998.

_____. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discurso/homenagem.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal Jurisprudência Política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino Zavascki. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

1 Segundo Caio Mário, a reprivatização “é o fenômeno jurídico pelo qual uma lei volta a vigorar após a revogação da lei que a revogou”. (SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. teoria geral de direito civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1).

2 O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de decidir a respeito, no sentido de que a reprivatização é sempre expressa: “ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. CONTROLADOR ELETRÔNICO DE VELOCIDADE. RESOLUÇÃO Nº 131/2002. DELIBERAÇÃO Nº 34, DE 10.05.2002. RESOLUÇÃO Nº 141, DE 16.10.2002. DELIBERAÇÃO Nº 29/2001. REPRISTINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não há reprivatização quando a lei reprivatizadora não faça alusão expressa a esse efeito pretendido, consoante o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução do Código Civil. Precedentes. 2. (Omissis). 3. Recurso especial provido.” (REsp 833756/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/8/2008, DJe 26/8/2008). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4157223&tipo=5&nreg=200600704126&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20080826&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 nov. 2016).

3 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 2º, §3º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4/9/1942, in verbis: “art. 2º. (...) § 3º – Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”. BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 4 set. 1942.

- 4 Efeito repristinatório e repristinação não se confundem. A repristinação só acontece de forma expressa, quando o novo texto normativo assim determina. Ela acontece na edição de leis ou de atos administrativos. No efeito repristinatório, não há edição de um novo texto legal, já que o Poder Judiciário reconhece um ato normativo como inconstitucional, e, diante da sua nulidade, ele não revogou validamente a norma anterior, que permanece vigente.
- 5 O art. 11, § 2º, da Lei nº 9868/99, prescreve que, na concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, haverá a suspensão da vigência da norma questionada, com o retorno da legislação anterior, salvo expressa manifestação em sentido contrário. BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de setembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, DF, 10 nov. 1999.
- 6 Nesse sentido, o precedente do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI REVOGADORA. EFICÁCIA *EX TUNC*. INAPTIDÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL PARA PRODUZIR QUAISQUER EFEITOS. INOCORRÊNCIA DE REVOGAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE LEI. 1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*. 2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação. 3. A não repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula *ex tunc*, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente. 4. No caso dos autos, foi declarado inconstitucional o art. 25, § 2º, da Lei 8.870/94, que determinava a revogação do art. 22, I, da Lei 8.212/90, alterando a base de incidência da contribuição da folha de pagamentos para o faturamento. Não tendo essa lei, porém, face ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, jamais sido apta a realizar o comando que continha, vigeu e vige, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inciso I, da Lei 8.212/90, que determina que as empresas de atividade rural recolham a contribuição sobre a folha de salários. 5. Embargos de divergência parcialmente conhecidos, e, nessa parte, não providos” (EREsp 445.455/BA, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 23/03/2004 – g.n.). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2133903&num_registro=200400734360&d_ata=20051205&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- 7 O Supremo Tribunal Federal pode decidir pela não aplicação do efeito repristinatório, com respaldo, no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de setembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, DF, 10 nov. 1999.
- 8 O controle concentrado é exercido mediante provocação dos legitimados previstos pelo art. 103 da Constituição Federal. Pode acontecer de não existir pedido expresso de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo anterior. Surgem três possibilidades: o STF afasta de ofício o efeito repristinatório; determina a emenda da petição inicial para ser suprida a omissão ou, simplesmente, não conhece da ação. Os julgados mais recentes optaram por afastar o efeito repristinatório (ADIs 2154, 2258 e 3660). Nesse sentido: “Conjugando os entendimentos fixados pelo Tribunal de que, no âmbito do controle em abstrato da constitucionalidade, o requerente deve impugnar todo o complexo normativo supostamente inconstitucional, inclusive as normas revogadas que poderão ser eventualmente repristinadas pela declaração de inconstitucionalidade das normas revogadoras, e de que o processo de controle abstrato destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais, concluiu-se que a impugnação deveria abranger apenas a cadeia de normas revogadoras e

revogadas até o advento da Constituição de 1988. Asseverou-se, ademais, que a exigência de impugnação de toda a cadeia normativa supostamente inconstitucional poderia até mesmo ser relativizada, haja vista a possibilidade de o Tribunal deliberar a respeito da modulação do próprio efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 11, §2º, c/c o art. 27)". (ADI 3660, Rel. Min. Gilmar Mendes). "No que se refere à norma final do § 2º do art. 11 da Lei 9.868/99 que prevê que a "concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, salvo expressa manifestação em sentido contrário", o Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado. Salientou-se, inicialmente, que a ação direta foi instituída como instrumento de salvaguarda da higidez da ordem jurídica e não para a tutela de pretensões de direito dos sujeitos legitimados para propô-la e que, em razão disso, a recepção do princípio do pedido no processo objetivo da jurisdição constitucional há de ser dimensionada a partir dessa perspectiva institucional do sistema de controle abstrato de normas. Tendo isso em conta, entendeu-se, na linha adotada pela doutrina portuguesa e pequena parte da brasileira, que o Tribunal pode sobrepor apreciar incidentemente a constitucionalidade da lei precedente à impugnada para, julgando-a igualmente inválida, impedir sua revivescência decorrente da declaração de inconstitucionalidade da que a tenha revogado. Ressaltou-se que a recusa da repristinação se baseará em juízo similar ao da declaração incidente de inconstitucionalidade de norma cuja validade seja prejudicial da decisão principal a tomar, a qual sempre se pode dar de ofício e que nada exclui possa ocorrer no julgamento de uma ADI, em que um mesmo tribunal, como o STF, cumule as funções de órgão exclusivo do controle abstrato com o de órgão de cúpula do sistema difuso. Vencido, nessa parte, o Min. Marco Aurélio que declarava a inconstitucionalidade da expressão impugnada por considerar que a possibilidade de o Tribunal extravasar os limites objetivos da própria ADI, declarando restabelecida ou não a legislação anterior, contrariaria os princípios da segurança jurídica e o de que o Judiciário atua apenas mediante provocação. ADI 2154/DF e ADI 2258/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14.2.2007. (ADI-2154) (ADI-2258)" – Informativo STF nº 456, título "ADI e Lei 9.868/99 – 4". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016).

- 9 Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 11: "Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. [...] § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário". BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de setembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, DF, 10 nov. 1999.
- 10 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 249.
- 11 Controle abstrato é realizado em tese, independentemente da existência de uma lide, em quatro ações: ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já o controle difuso é aquele realizado por qualquer juiz ou tribunal em qualquer processo judicial, como questão prejudicial à análise de outra principal. Sobre o tema vide a obra de FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- 12 O Plenário do Conselho Nacional de Justiça decidiu, por unanimidade, em sessão virtual extraordinária, realizada dia 3 de março de 2016, que o Código de Processo Civil de 2015 passaria a vigorar dia 18 de março de 2016. O julgamento foi aberto na 226ª Sessão Ordinária do Conselho, na terça-feira (1º/3), e continuou em ambiente virtual por decisão da Presidência do Conselho, após a Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, pedir mais prazo para analisar melhor a manifestação encaminhada ao CNJ pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ responde à OAB e decide que vigência do novo CPC começa em 18 de março**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81698-cnj-responde-a-oab-e-decide-que-vigencia-do-novo-cpc-comeca-em-18-de-marco>>. Acesso em: 15 nov. 2016).
- 13 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. "Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701".

- 14 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.
- 15 As chamadas “decisões-surpresa” são aquelas que violam a exigência de contraditório prévio, como delimitado pelos artigos 9º e 10 referidos linhas acima. Antes de decidir qualquer tema, como regra, as partes devem ter a oportunidade de manifestação.
- 16 RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-4.
- 17 Adotamos a lição do professor Celso Ribeiro Bastos que “toda a norma infringente da Constituição é nula” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 389). Entendem que a norma inconstitucional é nula, entre outros: José Cretella Júnior (CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 100); Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. **Regime tributário e estado de direito**. Disponível em: <www.trf3.gov.br/palestra03.htm>. Acesso em: 28 set. 2001); Alfredo Buzaid (BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 132); José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 55); Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. **Revista Forense**, v. 94, n. 341, p. 3-12, 1998. p. 12); Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256); Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 249); André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 121); Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25); Michel Temer (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 40); e Juliano Taveira Bernardes (BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 347). No mesmo sentido é o entendimento do STF: RE-93173/SP, Relator Min. Firmino Paz, Julgamento 15/6/1982 - 2ª Turma; RE-56192 / RN, Relator(a) Min. CÂNDIDO MOTTA, Julgamento 23/3/1965 - PRIMEIRA TURMA (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 93173 / SP**. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:1982-06-15;93173->. Acesso em: 15 nov. 2016). ADIMC-1434/SP AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR, Relator Min. CELSO DE MELLO; Julgamento 20/8/1996 - Tribunal Pleno; (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347055>. Acesso em: 15 nov. 2016).
- 18 Não se pode olvidar que entre os princípios implícitos e os expressos “não se pode falar em supremacia”. É dizer, ambos retiram fundamento de validade do mesmo texto jurídico, segundo lição de Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 90).
- 19 “O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos *ab initio* ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia *erga omnes* e não retroativas ou com retroatividade limitada” (RAMOS, Elival Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94). Canotilho concorda com os ensinamentos acima: “No caso do *judicial review* o efeito típico é o da nulidade e não simples anulabilidade” (op. cit., p. 875). Vale lembrar que o ordenamento constitucional pátrio adotou o sistema híbrido ou misto, isto é, temos o controle difuso e concentrado.
- 20 RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 94.
- 21 *Ibidem*, p. 94.
- 22 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [19--]. p. 875.
- 23 RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 128.
- 24 Constituição Federal: Artigo 52, X - “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”; e 103, § 2.º “Declarada a inconstitucionalidade

- por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”; e art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a **Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**; e 102, III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:...b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal**”; e art. 97. “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais **declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público**”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- 25 Lembramos que, na Constituição, não há palavras inúteis, já que aplicável a lição de Carlos Maximiliano: “interpretam-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa”. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7. ed. São Paulo: Editora Livraria Freitas Bastos S/A, 1961. p. 312).
- 26 “O processo meramente declaratório visa apenas à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 302). Entendemos que é aplicável o conceito acima aos processos de controle abstrato, já que a inconstitucionalidade é uma relação jurídica.
- 27 Canotilho aponta: “Fala-se em efeito declarativo quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo. O acto normativo é absolutamente nulo (*null and void*), e, por isso, o juiz ou qualquer outro órgão de controlo ‘limita-se’ a reconhecer declarativamente a sua nulidade. É o regime típico do controle difuso” (op. cit., p. 875).
- 28 Sobre o tema vide nosso FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. Walber de Moura Agra afirma que, em alguns casos, a decisão de inconstitucionalidade é constitutivo-negativa, “tornando-se o ato inconstitucional por vontade do Poder Judiciário, dimensionando-se o STF como um órgão legislativo negativo” (AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 495).
- 29 BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do executivo. In: _____. **Trabalhos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 70.
- 30 WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The Constitutional Law of the United States**. New York: [S.l.], 1910. v. 1. p. 9-10. Vale observar que consolidação do controle de constitucionalidade atribuiu-se à decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803: “Ou a Constituição é a lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como os outros atos, é alterável quando a legislatura aprovar alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última é verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza ilimitável”. Afirma ainda Cappelletti que “se é verdadeiro que hoje todas as constituições modernas do mundo ocidental tendem já a afirmar o seu caráter de constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que se aplicou” (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 47-48).
- 31 Vide notas de rodapé 15 e 17 citando os autores e precedentes que acolheram o dogma da nulidade do ato inconstitucional.
- 32 “A QUESTÃO DA EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE “IN ABSTRACTO”. - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por ser juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF)”, (ADI 2867, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 3/12/2003, DJ 9-2-2007 PP-00016 EMENT VOL-02263-01 PP-00067 RTJ VOL-00202-01 PP-00078).
- 33 Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o efeito repristinatório surgiu antes da Constituição de 1988, no controle abstrato nos julgamentos: i) em 26 de fevereiro de 1981, da Medida Cautelar da representação de

- inconstitucionalidade nº 1077, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves; e ii) em 23 de outubro de 1986, da Medida Cautelar da representação de inconstitucionalidade nº 1356/AL, cujo Relator foi o Ministro Francisco Rezek: “Representação por inconstitucionalidade. Suspensão liminar da eficácia da lei. Consequências. A suspensão liminar da eficácia da lei torna aplicável a legislação anterior acaso existente, e não impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo” (STF Pleno, Rp 1356 MC-revogação, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, julgado em 23/10/1986, DJ 14-11-1986 PP-22148 EMENT VOL-01441-01 PP-00123). Convém ressaltar que estes julgados não se dedicaram ao aprofundamento teórico do tema em estudo.
- 34 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 246.
- 35 O Tribunal Constitucional “não tem de decidir *expressis verbis* efeitos repristinatórios nem tem de especificar quais as normas repristinadas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [19--]. p. 987).
- 36 Constituição da República Portuguesa, artigo 282 (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade), “1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Portugal, 2 abr. 1976.
- 37 Onde o Tribunal Constitucional Federal detém competência para indicar com efeitos vinculantes se o efeito repristinatório é ou não aplicável. Neste sentido, MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 665.
- 38 Sendo que a Corte decide sobre a incidência do efeito repristinatório, conforme leciona José Adércio Leite Sampaio (SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 224).
- 39 Jörn Ipsen afirma que se trata de uma evidência dogmática no quadro da teoria da nulidade da lei inconstitucional. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**, Baden-Baden, p. 258. 1980,
- 40 Expressão sugerida pelo Amigo e Professor Andrey Borges de Mendonça, Procurador da República.
- 41 MEDEIROS, op. cit., p. 652.
- 42 “A norma anterior não chegou juridicamente a cessar a sua vigência. Por isso, e como sempre, ela mantém-se em vigor e continua a ser aplicável após a decisão de inconstitucionalidade” (MEDEIROS, op. cit., p. 652).
- 43 Neste sentido, Guilherme Peña de Moraes, (MORAES, Peña de Moraes. **Direito Constitucional: teoria da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 248, nota de rodapé 248); e Juliano Taveira Bernardes (BERNARDES, Juliano Taveira. **Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 41). Este doutrinador trata de uma aparente ligação do efeito repristinatório com a repristinação. Em sentido contrário alguns julgados do STF tratam das expressões para designar o mesmo instituto, vide RE 114.689-3, Relator Ministro Oscar Corrêa, j. 11/12/1987; ADIN 2574, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 29/08/2003; ADIN 2847, Relator Ministro Carlos Velloso, J. 05/8/2004; ADI 2.154 e ADI 2.258, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14/2/07, Informativo 456. Luís Roberto Barroso emprega as expressões como sinônimas: “a premissa da não-admissão dos efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição”, BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 92-93.
- 44 BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. p. 117.
- 45 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 250, nota de rodapé 259.
- 46 *Ibidem*, p. 250.

- 47 FRANCO, Amedeo. **Considerazioni sulla dichiarazione di inconstituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici**. Giur: Cost, 1974. II. p. 3449-3450.
- 48 MEDEIROS, op. cit., p. 653.
- 49 Segundo leciona Paulo de Barros Carvalho, o princípio da segurança jurídica dirige-se “à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações interhumanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”, CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 92. Dimitri Dimoulis afirma que a “segurança jurídica é o resultado (subjetivo e de cunho psicológico) de uma configuração jurídica cujo elemento principal (objetivo) é a previsibilidade das conseqüências jurídicas” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 198).
- 50 “Além de tudo, como conclui Radbruch, um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual” (Ministro Moreira Alves, STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF).
- 51 A expressão é empregada por Rui Medeiros. (MEDEIROS, op. cit., p. 655).
- 52 MEDEIROS, op. cit., p. 655.
- 53 Art. 11, § 2.º, Lei n. 9.868/99 – “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.
- 54 “A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam - considerado o efeito repristinatório que lhes é inerente - em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato”, ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001.
- 55 Logicamente, julgando improcedente a ação declaratória.
- 56 Neste sentido, Supremo Tribunal Federal: RTJ 96/496, 1981, p. 508, Rep. N. 980-SP, Relator Ministro Moreira Alves; Adin 221-DF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 151/331, 1995.
- 57 Neste sentido, RAMOS, op. cit., p. 238.
- 58 Constituição Federal: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.
- 59 Constituição Federal: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal”.
- 60 Uma situação poderá ser imaginada: o Chefe do Poder Executivo verifica a inconstitucionalidade da norma que dispõe sobre o cálculo de um tributo, tal como fez o STF no julgado anteriormente citado (RE 260.670-7-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26/05/2000). Entendemos que poderá afastá-la e aplicar à anterior, perfeitamente válida, evitando, dessa forma, a prática de crime de responsabilidade, previsto no artigo 85 da CF.
- 61 Sobre as diferenças entre cautelar, tutela antecipada e liminar no controle abstrato de constitucionalidade vide nosso FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
- 62 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 250.
- 63 ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, 17/04/2001. No mesmo sentido ADI 2.132/MC, Ministro Moreira Alves, DJ de 05/04/02; ADI 2.242, Ministro Moreira Alves, DJ de 19/12/01; ADI 3218/CE, Relator Ministro Eros Grau, j. 7/12/2004; ADI 2883/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 30/8/2006.
- 64 “Conjugando os entendimentos fixados pelo Tribunal de que, no âmbito do controle em abstrato da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, o requerente deve impugnar todo o complexo normativo supostamente inconstitucional, inclusive as normas revogadas que poderão ser eventualmente repristinadas pela declaração de inconstitucionalidade das normas revogadoras, e de que o processo de controle abstrato destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais, concluiu-se que a impugnação deveria abranger apenas a cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988. Asseverou-se, ademais, que a exigência de impugnação de toda a cadeia normativa supostamente inconstitu-

- cional poderia até mesmo ser relativizada, **haja vista a possibilidade de o Tribunal deliberar a respeito da modulação do próprio efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade** (Lei 9.868/99, art. 11, § 2º, c/c o art. 27). Assim, quanto à Lei 340/82, considerou-se que não se poderia exigir sua impugnação por ser norma anterior à CF/88 e, em relação à Lei 1.135/91, observou-se que o Procurador-Geral da República, aditara o pedido inicial, em seu parecer, para incluí-la no objeto da ação”. ADI 3660/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.6.2007.
- 65 SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 37.
- 66 Em Portugal, o efeito repristinatório não é aceito incondicionalmente. “Tendo em conta a sua razão de ser é lógico que: (i) existam esses efeitos quando entre nenhuma norma e a norma repristinada, seja esta a solução mais razoável; (ii) não existam quando a norma declarada inconstitucional não tiver revogado qualquer norma anterior. No caso de a norma repristinada ser inconstitucional não está vedada ao TC a possibilidade de conhecer dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios (cfr. Ac. TC 56/84). Mais duvidoso (por violar o princípio do pedido) é a possibilidade de o TC conhecer e declarar a inconstitucionalidade das normas repristinadas (Ac. 452/95, DR, II, 21-11)”. CANOTILHO, op. cit., p. 988. No mesmo sentido é o entendimento de MEDEIROS, op. cit., p. 660.
- 67 *Ibidem*, mesma página. Sobre o tema vide nosso **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
- 68 Controle difuso de constitucionalidade é aquele exercido pelos magistrados em geral nas ações individuais e coletivas.
- 69 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 246.
- 70 No sentido da afirmação o precedente do Supremo Tribunal Federal que segue: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 182/STJ. FUNRURAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACARRETA A REPRISTINAÇÃO DA NORMA REVOGADA PELA LEI VICIADA. CÁLCULO DA EXAÇÃO NOS MOLDES DA LEI REVOGADA. EFEITO LÓGICO DECORRENTE DA REPRISTINAÇÃO. EXEGESE DO RESP 1.136.210/PR, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C DO CPC). SÚMULA 83/STJ. MULTA. 1. De início, observa-se que as razões do agravo regimental não impugnam o fundamento da decisão agravada quanto à ausência de omissão no julgado, afastando a preliminar de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 182/STJ. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, havendo declaração de inconstitucionalidade de uma lei, volta a vigorar a lei revogada. 3. A repristinação da lei anterior impõe o cálculo da exação nos moldes da lei revogada, sendo devida a restituição tão somente da diferença existente entre a sistemática instituída pela lei inconstitucional e a prevista na lei repristinada, caso haja”. Entendimento firmado no REsp 1.136.210/PR, da relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 4. “O efeito repristinatório é uma consequência da declaração de inconstitucionalidade, pois a lei declarada inconstitucional não possui eficácia derogatória. Ocorre a reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Dessa forma, decidida a lide nos limites em que foi proposta, não há falar em ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, tendo em vista que a fundamentação não é critério apto para a avaliação de julgamento *ultra petita*” (AgRg no REsp 1.495.282/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015). 5. O STJ entende que deve ser aplicada a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC nos casos em que a parte insurgir-se quanto à tema já decidido em julgado submetido à sistemática do art. 543-C do CPC. Agravo regimental conhecido em parte e improvido com aplicação de multa. (AgRg no REsp 1576951/PR, Segunda Turma, Relator Min. Humberto Martins, j. em 10/03/2016, DJe de 17/03/2016).
- 71 “De facto, se a norma inconstitucional é inválida *ab initio* e como tal deve ser considerada, não se pode reconhecer efeitos jurídicos à norma inconstitucional revo-gatória ou, pelo menos, o juízo de inconstitucionalidade, mesmo quando proferido em sede de fiscalização concreta, destrói retroactivamente tais efeitos”. MEDEIROS, op. cit., p. 656. O Tribunal Constitucional lusitano já aplicou tal entendimento Acórdão n. 103/87 e n. 490/89.

- 72 “ITBI: progressividade: L. 11.154/91, do Município de São Paulo: inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF (RE 234.105), do sistema de alíquotas progressivas do ITBI do Município de São Paulo (L. 11.154/91, art. 10, II), atinge esse sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, mas na forma da legislação anterior, cuja eficácia, em relação às partes, se restabelece com o trânsito em julgado da decisão proferida neste feito”. RE 260.670-7-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26/5/2000.
- 73 A expressão é empregada por MEDEIROS, op. cit., p. 655.
- 74 MEDEIROS, op. cit., p. 655.
- 75 “TRIBUTÁRIO. PIS. LEI COMPLEMENTAR N. 7/70: LEGITIMIDADE DA COBRANÇA APÓS A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL 49/95. EFEITO REPRISTINATÓRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento consolidado no sentido de que é legítima a cobrança da contribuição ao PIS, na forma disciplinada pela Lei Complementar 07/70, no período compreendido entre a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88 e a entrada em vigor da MP 1.212/95. Precedentes. 2. A Resolução do Senado Federal 49/95, que conferiu efeitos *erga omnes* à decisão proferida no RE 148.754/RJ, redator para o acórdão Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ 04.03.1994, fez exsurgir a LC 07/70, numa espécie de efeito repristinatório, de forma que tal norma voltasse a produzir seus efeitos. Precedente. 3. Agravo regimental improvido”. STF, AI 677191 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-06 PP-01355.
- 76 CPC/2015: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”. As hipóteses do art. 9º, entretanto, não são taxativas. Há pelo menos uma situação que o juiz atua de ofício antes de formada a relação jurídica processual e profere decisão sem sujeitá-la ao contraditório. Assim, o texto do art. 63, § 3º, CPC/2015: “Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu”. CPC/2015: Art. 10. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.
- 77 ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1. p. 275.
- 78 CPC/73: Art. 301. “Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: I - inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial; IV - litispendência; V - coisa julgada; VI - conexão; VII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; VIII - compromisso arbitral; IX - carência de ação; X - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar. (...)”. § 4º “Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”. O CPC 2015 manteve, com alguns ajustes, aquele entendimento: Art. 337, § 5º: “Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo”. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973.
- 79 CPC/73: Art. 219, § 5º: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973.
- 80 CPC/73: Art. 267. “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pelo compromisso arbitral; VII - pela convenção de arbitragem;”. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973.
- 81 CPC/73: Art. 219, § 5º: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973.

- 82 A previsão colidiu com a possibilidade de o titular renunciar à prescrição. O art. 191 do Código Civil é expreso a respeito: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002.
- 83 Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. em 10/6/2009, DJe 18/6/2009 e RSSTJ vol. 38 p. 448.
- 84 “TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. VIABILIDADE. 1. Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício, com base no art. 219, § 5º, do CPC (redação da Lei 11.051/04), **independentemente da prévia ouvidada Fazenda Pública**. O regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige essa providência prévia, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção. 2. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08”, Recurso Especial nº 1.100.156/RJ.
- 85 Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 215-218.
- 86 O direito material também traz orientação para o magistrado conhecer das nulidades, mesmo sem provocação, a exemplo do disposto no parágrafo único do art. 168 do Código Civil: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002.
- 87 “A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias” (LIEBMAN apud MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, n, 17, 1980).
- 88 Aos tribunais, entretanto, como regra, faz-se necessária a observância da “cláusula de reserva de plenário”, descrita pelo art. 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”
- 89 ASSIS, op. cit., p. 424.
- 90 O Superior Tribunal de Justiça decidiu em sede de Agravo Regimental em Recurso Especial que a omissão a respeito do efeito repristinatório não afasta a sua ocorrência. Nesse sentido: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. RECEITA BRUTA. COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. EFEITO REPRISTINATÓRIO. CONSEQUÊNCIA LÓGICO-JURÍDICA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Cuida-se, na origem, Mandado de Segurança, no qual se sustenta a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção do empregador rural pessoa física, conforme previsto no art. 25 da Lei 8.212/1991. 2. O agravante se insurge contra o reconhecimento de que, por força do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade assentada pelo Tribunal a quo, “o regime de tributação retorna ao modelo anterior ao da Lei n. 8.540/92, qual seja, o da contribuição sobre a folha de salários adicionada do SAT (artigo 22, I e II, da Lei n. 8.212/91)” (fl. 177). 3. Conforme assentado pelo STJ, em casos análogos, o reconhecimento do efeito repristinatório da legislação em vigor anteriormente é consequência lógico-jurídica da declaração de inconstitucionalidade (AgRg no REsp 1.491.806/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.12.2014; AgRg no REsp 1.419.397/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.11.2014). 4. Assim, não há falar em julgamento *extra petita*, uma vez que o reconhecimento em tese da possibilidade de o indébito ser compensado com eventual crédito constituído de contribuição previdenciária sobre a folha de salários, em razão do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, é inerente aos limites da demanda. 5. O art. 15, parágrafo único, da Lei 8.212/1991 equipara o empregador rural pessoa física (contribuinte individual) à empresa (AgRg no REsp 1.358.091/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/5/2014). 6. O STF, no RE 363.852, indeferiu requerimento de modulação dos efeitos

do julgamento, o que não se confunde com o alegado afastamento do efeito repristinatório. A propósito, colhe-se do voto condutor do Ministro Marco Aurélio afirmação que autoriza o reconhecimento da restauração da vigência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários: “Forçoso é concluir que, nos casos do produtor rural, embora pessoa natural, que tenha empregados, incide a previsão relativa ao recolhimento sobre o valor da folha de salários”.⁷ Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1552405/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 24/11/2015, DJe de 04/02/2016). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1469571&num_registro=201502178182&data=20160204&formato=PDF>. Acesso EM: 16 nov. 2016.

THE REINSTATEMENT EFFECT ON THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND THE PROHIBITION OF SURPRISE DECISIONS

ABSTRACT

The unconstitutional normative act is null. When the unconstitutionality of a normative act is declared, the acts revoked by it will be automatically reinstated, since they had not been validly revoked. This is the essence of the so-called reinstatement effect, which is not to be confused, despite the semantic similarity, with reinstatement. The reinstatement effect will be applied automatically in the decision that declares the unconstitutionality of normative acts. It occurs in decisions on the control of constitutionality, in general, and it remains to be seen whether in diffuse control of constitutionality the caution of observing the principles of the adversary system should be adopted, especially by virtue of articles 9 and 10 of the current Code of Civil Procedure.

Keywords: Unconstitutional act. Nullity. Reinstatement effect. Diffuse control of constitutionality and the adversary system.

Submetido: 1 mar. 2017

Aprovado: 6 jun. 2017

ASPECTOS COGNITIVOS DA MEMÓRIA E A ANTECIPAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

Rafael Altoé*

Gustavo Noronha de Avila**

1 Introdução. 2 Aspectos cognitivos da memória. 3 Prova testemunhal e a memória declarativa episódica: aspectos da sugestionabilidade e a urgência presumida na colheita da prova. 4 É preciso antecipar a prova testemunhal: uma análise a partir da Súmula 455 do STJ. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

A prova testemunhal é baseada, essencialmente, na ideia de que o ser humano, por meio da memória declarativa episódica (uma espécie de um amplo gênero), tem a especial capacidade de reproduzir, com bastante fidelidade, um evento passado. Ocorre, porém, que as recentes descobertas no campo da psicologia do testemunho atestam que a memória, em verdade, tem se apresentado como um fenômeno mais complexo do que popularmente se acredita. As múltiplas etapas da formação da memória (em especial a codificação, o armazenamento e a evocação) ocorrem por força da atividade simultânea de variadas regiões do cérebro, com influência de aspectos endógenos e exógenos. Por causa dessa afirmação, acredita-se que a memória não é o “resgate” de uma informação previamente armazenada, mas legítimo processo de construção. Essa complexidade, como não poderia ser diferente, vem acompanhada de riscos acerca da confiabilidade da memória, cujos dados o Processo Penal não pode ignorar. Ressalta-se, apenas como um dos elementos possíveis, que o tempo pode ter influência na confiabilidade da memória de maneira mais contundente do que se acredita, de maneira que a antecipação da prova testemunhal, sempre que possível, deve ser levada a efeito em nome da melhor solução do caso objeto do processo judicial.

Palavras-chave: Processo Penal. Memória. Falibilidade. Prova testemunhal. Antecipação.

* Mestre em Ciência Jurídica do Centro de Ensino Superior de Maringá (Unicesumar). Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Juiz de Direito no Estado do Paraná. E-mail: <rafaelaltoe@hotmail.com>.

** Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ensino Superior de Maringá (Unicesumar). Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: <gustavonoronhadeavila@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal brasileiro, fruto de uma crença na especial capacidade retrospectiva da mente humana, é estruturado na ideia do resgate de fatos pretéritos. Com base nessas características, compartilhando da lógica formal de outros ramos, o sistema processual brasileiro tem na confiança na memória da testemunha seu principal ponto de legitimidade.

Ao buscar a apuração de fatos imputados a determinada pessoa, todo o procedimento processual acaba por exigir, ainda que em múltiplas variáveis, a valoração da prova testemunhal para decisão do caso, buscando sempre apurar um conjunto de informações transmitidas por pessoas que, por aspectos sensoriais, tiveram contato com o episódio denunciado. Pessoas que viram, ouviram, ou experimentaram outra forma de contato sensorial com o fato apurado passam a ser compelidas a promover, com maior fidelidade possível, a reconstrução do evento a que tiveram contato.

Ocorre, porém, que, ao mesmo tempo em que atribui à prova testemunhal o peso de ser determinante para os possíveis destinos do processo, pouco contribui, de forma legítima, para a conservação da confiabilidade desse tipo de prova. As supostas medidas elegidas pelo legislador com o objetivo de conservar a prova oral possuem pouca aplicabilidade, notadamente ante a falta de maior delimitação sobre qual é, verdadeiramente, a segurança da memória humana e qual é o risco que o tempo opera na modificação ou eliminação dessas informações.

Pesquisas recentes têm indicado, além disso, que não é apenas a dificuldade de preservação da memória que merece maior reflexão. Em verdade, a própria veracidade do conteúdo recordado é, nos dias atuais, objeto de grandes questionamentos. Destacam-se, neste ponto, as *falsas memórias*,¹ consistentes em recordações inverídicas não intencionais (desprovidas de qualquer reflexo de má-fé) que surgem nas pessoas por diversos fatores.²³

Acrescente-se, ainda, a constatação científica de que a memória é sugestionável em variados graus, podendo ser moldada ou criada em determinadas circunstâncias. A forma de se questionar uma testemunha, o ambiente a que está submetida, situações endógenas e exógenas de múltiplos aspectos, são apenas algumas das situações que podem ser indicadas para atestar que é possível, inclusive, fazer surgir a recordação de um evento que nunca existiu ou que ocorreu de forma diversa da rememorada.

Com base nesses apontamentos, questiona-se: a forma com que o processo penal brasileiro tem tratado a prova testemunhal ignora os riscos apontados? A preservação da prova testemunhal é considerada, de forma suficiente, no Processo Penal?

No objetivo de responder a esses questionamentos, foram elaborados três capítulos e, ao final, apresentada a conclusão extraída.

Além disso, vale mencionar que a pesquisa se amparou no método teórico, sem prejuízo de serem citados experimentos extraídos das obras utilizadas no curso da pesquisa.

No primeiro capítulo, são abordados alguns aspectos cognitivos da memória humana (pouco, dada a complexidade do assunto), buscando situar as premissas de que a memória não é puramente biológica e, por tal razão, manifesta-se como um fenômeno complexo de *construção*, que é passível de múltiplas influências.

Já no segundo capítulo, ingressa-se na análise da memória declarativa episódica, espécie que dá base à prova testemunhal (embora existam outras espécies a serem consideradas em outros estudos). São identificadas algumas características dessa espécie de memória, sobretudo sua maior plasticidade, que permitem uma particular influência da sugestibilidade. Também se avaliam os possíveis riscos que o tempo pode operar nesse tipo de memória.

No terceiro e último capítulo, promove-se a valoração acerca da possibilidade ou não de antecipação da prova testemunhal no Processo Penal, apenas por conta do decurso do tempo. Em especial, enfoca-se a questão se o decurso do tempo é motivo bastante para produção antecipada da prova na hipótese de suspensão do processo na forma do artigo 366 do Código de Processo Penal. Para tanto, realiza-se o cotejo das contribuições recentes da psicologia do testemunho, com as razões que embasam a Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça.

2 ASPECTOS COGNITIVOS DA MEMÓRIA

A memória é um fenômeno profundamente complexo e que, por força de suas intrigantes características, sequer foi compreendido plenamente nos dias atuais. Embora algumas pessoas tendam a conceituar a memória de forma ampla, tratando-a, por exemplo, como “a capacidade de repetir um desempenho”⁴, o fato é que o próprio conceito de memória, como melhor se verá adiante, é bastante indefinido.

De tempos em tempos, novas pesquisas surgem sobre o tema, e, embora consigam desvendar, em parcial medida, alguns fragmentos dos mistérios que a memória carrega, apenas comprovam que ainda há longo caminho a ser trilhado para compreender, de forma segura, o assunto. Conforme afirma Gustavo Noronha de Ávila, “a memória pode ser vista como um fenômeno biológico, fundamental e extremamente complexo, e continua a ser um dos grandes enigmas da natureza.”⁵

Em um primeiro momento, a memória foi entendida apenas como uma manifestação corporal, fruto dos sistemas biológicos, e que estaria imune às interferências que sejam alheias à biologia.⁶ Esse comportamento fez com que inúmeros pesquisadores passassem a buscar, muitas vezes de maneira incansável, um *lugar* dentro do cérebro humano em que a memória poderia estar armazenada.

Partia-se da premissa de que as incontáveis funcionalidades do sistema cerebral humano seriam autônomas, de modo que cada região do sistema nervoso teria uma função própria e autossuficiente. Rechaçava-se, como consequência, a ideia contemporânea de que, na

realidade, a atividade cerebral humana é revestida de profunda complexidade, havendo em cada manifestação da pessoa a atuação conjunta das várias regiões do cérebro. Essa forma de pensar justificou a mencionada propensão que alguns cientistas adotaram em buscar o espaço ou o local em que a memória poderia ser guardada.

Enfim, tal qual ocorre com o estudo sobre qual a região do cérebro humano é a responsável pelos controles motores do corpo, acreditava-se que a memória, como fenômeno puramente biológico, poderia ser localizada dentro de uma região particular do cérebro humano. Nessa busca, alguns experimentos foram realizados com a pretensão de descobrir ou acessar o misterioso local do cérebro em que a memória poderia estar “armazenada”.

Embora atualmente não se conceba mais a ideia de que a memória possa ser acessada em um local específico – sendo, como mais adiante se verá, um processo de construção que conta com atuação simultânea de diversas áreas –, os experimentos científicos mencionados puderam, ao menos, identificar que o *hipocampo* é uma região do cérebro essencial para o processo da memória. Em alguns experimentos, foi possível observar que o *hipocampo* exerce papel importante no misterioso processo da memória, embora não seja suficiente para compreendê-lo.

Atualmente, inclusive contando com as valiosas contribuições dos mencionados experimentos, reconhece-se que a memória, na verdade, sequer pode ser encarada como uma informação específica armazenada dentro da mente humana. Poucas dúvidas há no sentido de que inúmeros fatores, endógenos e exógenos, inter-relacionam-se para a *construção* da memória, ressaltando-se a complexidade do tema. A emoção, o ambiente externo, a capacidade de atenção, o cansaço, dentre outros aspectos, são alguns fatores que promovem atuação conjunta para a memória.

Sobre o tema, aprofundada a ideia de influência de fatores associados, vale consignar as lições de Iván Antonio Izquierdo, Jociane de Carvalho Myskiw, Fernando Benetti e Cristiane Regina Guerino Furini:

Todas as memórias são *associativas*: se adquirem através da ligação entre um grupo de estímulos (um livro, uma sala de aula) e outro grupo de estímulos (o material lido, aquilo que se aprende; algo que causa prazer ou penúria). O do segundo grupo, que é de maiores consequências biológicas, chama-se estímulo condicionado ou reforço. Em algumas formas de aprendizado, associa-se um grupo de estímulos com a ausência do outro ou de qualquer outro.⁷

Como consequência dessa combinação, é possível afirmar, com razoável tranquilidade, que a memória não é “resgatada” na mente humana. Em verdade, como se verá no tópico seguinte, quando determinada pessoa tenta promover o “acesso” à memória, reconstituindo mentalmente um fato passado, na verdade acaba por desencadear um processo de “construção” de uma imagem mental. Aludido processo, conforme inúmeros estudos específicos, é passível de influências e falhas que permitem, em última análise, a criação, por exemplo, de falsas memórias.⁸

Alan Baddeley, Michael C. Anderson e Michael W. Eysenck⁹ citam que uma das maiores provas da complexidade da memória reside na capacidade de esquecimento, o que se traduz em um mecanismo essencial para a vida em alguns aspectos. De maneira ainda não elucidada, mas certo que de forma inata (alheia aos controles racionais), o ser humano tem a aptidão natural de bloquear determinados eventos traumáticos em certas ocasiões, permitindo que sejam acessados apenas em raras oportunidades, ou por vezes sejam completamente bloqueados.

Ainda, olvidar os detalhes dos múltiplos episódios diários é, acima de tudo, medida essencial para que seja possível, mesmo que figurativamente, um dia novo. Sem confundir esse aspecto com a popular visão da “falha da memória” (relacionada ao esquecimento de dados ou atividades importantes), todo ser humano, sem qualquer risco de exceção, só consegue realizar novas atividades e adquirir novos conhecimentos a partir de um proporcional instrumento de esquecimento.¹⁰ E isso é feito de maneira automática, sem que a pessoa tenha o domínio desses cursos mentais. Nesse particular, é incontestável a conclusão de que ninguém consegue se recordar de todos os detalhes de uma imagem vivenciada, e essa abordagem não se reduz apenas às mais tímidas informações ou às filigranas desimportantes.

Tenha-se de forma imaginária, em caráter ilustrativo, como seria a vida de uma pessoa que se recordasse de todos os detalhes, sem qualquer esquecimento, do que vivenciou. Cada processo de evocação da memória seria extremamente duradouro, temporalmente idêntico ao episódio vivenciado, o que impediria que o ser humano se imergisse em novas experiências.

Essas breves considerações indicam um ponto relevante para todo debate relativo à memória episódica (aquela que busca refletir um fato passado que pela pessoa foi experimentado): nessa forma especial de memória - que é o objeto da prova testemunhal - jamais será possível cogitar de uma retratação perfeita do episódio da vida que se tenta resgatar. Em outras palavras, a memória declarativa episódica trabalha a partir de *fragmentos* do que ocorreu, e a compreensão desse importante ponto tem utilidade até mesmo para se ter de critério quando determinado testemunho é ou não verdadeiramente confiável.

Diferentemente do que muito se alega no campo jurídico – destacando-se aqueles que defendem que o estudo da memória seria matéria desimportante para o processo, ou que seria discurso dolosamente criado para obstar qualquer resquício de confiança na testemunha – o fato é que a investigação sobre as manifestações da memória tem, por afirmações empíricas, incontestável importância. Serve, como exemplo, para dar melhores parâmetros para a produção da prova testemunhal com mais qualidade, e ainda garantir maior conhecimento para que se possa identificar, com mais precisão, quando determinado testemunho é ou não confiável. Além disso, permite o desenvolvimento de técnicas de oitiva que possibilitem que a testemunha entregue a informação com maior propriedade, e de maneira menos constrangedora, o que interessa à decisão judicial pela confiança proporcionada na prova, garantindo maior confiança ao próprio sistema processual.

Seriam inúmeros os exemplos que podem ser indicados a respeito da essencialidade que reside em melhor entender a complexidade da memória (sobretudo a memória declarativa episódica). Ilustre-se, por exemplo, que uma excessiva riqueza de detalhes em determinado relato, trazendo informações e minúcias ordinariamente não localizadas na generalidade dos testemunhos, pode indicar, desde que aliados a outros elementos, a ausência de veracidade do testemunho (o que não significa necessariamente má-fé, ante a já mencionada existência dos riscos das falsas memórias).

Gustavo Noronha de Ávila e Alexandre Morais da Rosa, valendo-se de interessante figura de linguagem, apontam que a memória é como o diamante (quanto mais falsa, mais perfeita).¹¹ Quanto mais “perfeito” for o relato, o que se entende por uma narrativa impassível de olvidar detalhes, muitas vezes, desimportantes, ou excessivamente perfeita mesmo depois do decurso do tempo, há um indicativo de que possivelmente se está diante de um falso. Esses dados, como se nota, são essenciais para todos que atuam no Processo Penal, independentemente do referencial teórico de cada um.

Elizabeth Loftus, um dos principais nomes das pesquisas sobre falsas memórias, definiu, após sucessivos experimentos, que a memória não deve ser pensada como um registro fotográfico ou como um vídeo gravado por uma câmera.¹²¹³

Diferentemente do que popularmente se imagina (que se é capaz de reproduzir um fato passado pela imagem mental do filme armazenado), o resultado da informação proveniente do processo de (re)construção da memória nasce, na verdade, de ao menos três etapas sucessivas que não estão imunes a múltiplas influências: a codificação, o armazenamento (de curta e longa duração) e a evocação. Aliam-se a essas três etapas os incontáveis fatores determinantes para a qualidade e para a quantidade de informações que, uma vez somadas, transmitirão um esboço de resultado que jamais terá o condão de reproduzir, com exatidão perfeita, o fato da vida passado.

A codificação, como primeira etapa da formação da memória, dá-se na forma pela qual o ser humano faz com que a informação obtida seja assimilada e possa ingressar no segundo estágio. Após ser codificada parte-se para análise do armazenamento da informação, e é neste momento que residem inúmeras questões ainda pendentes de respostas.

Sabe-se que a memória, em termos de classificação, pode ser armazenada em um catálogo de pouca duração e, em caráter excepcional, de longa duração.

Toda informação obtida pela pessoa necessariamente, após ser codificada, integra o catálogo de curta duração (entendido como período inferior a um dia), e normalmente aí é descartada de forma não deliberada. Pouquíssimas informações, por outro lado, conseguem migrar, como etapa sucessiva, para o grupo de *longa duração*. Essa transição, aliás, constitui hoje um dos pontos mais intrigantes e pendentes de explicações quando se fala em memória. Não é por outra razão que são estudadas e propostas algumas técnicas capazes de tentar promover, com maior qualidade, a transição da memória de curta duração para de longa duração.

Ilustre-se, por exemplo, que a memória sensorial (aquela proveniente de maneira natural do ser, como melhor se verá) traz bons exemplos de informações que foram transferidas para o catálogo de longa duração. Ainda na infância a maioria das pessoas acaba por armazenar informações permanentes, como a evidente conclusão de que colocar a mão no fogo causará dor.¹⁴ Maior complexidade, todavia, está em algumas memórias declarativas episódicas (reconstrução de fato) que acabam por migrar para o catálogo de longa duração,¹⁵ fazendo com que a pessoa se recorde, por toda sua vida, de determinados fatos ocorridos décadas passadas.

Após a etapa de armazenamento (de curta duração e de longa duração), fala-se na etapa final concernente à *evocação*, que significa, em linhas gerais, o momento em que se acredita que a memória é “resgatada” pela pessoa, acessando a informação armazenada.

Nesse ponto, entretanto, é preciso observar que os avanços científicos operados neste assunto comprovam que as três etapas essenciais da memória (codificação, armazenamento e evocação) são passíveis de influências endógenas e exógenas, de modo que podem receber ruídos que entreguem, ao final, resultado dissonante da realidade. Até mesmo fatores emocionais, quando do processo de evocação, podem fazer com que a memória não seja reproduzida de forma satisfatória.

Há, ainda, alguns autores que inserem uma etapa especial na construção da memória: a reconsolidação, inserida entre o armazenamento e a evocação. Tal tema é importante quando se fala em memórias traumáticas reprimidas por um mecanismo de defesa (não racional), e naturalmente tem bastante importância para a oitiva de vítimas de eventos revestidos de inevitável trauma moral (v.g crimes de natureza sexual). Muitos eventos traumáticos são armazenados, mas dificilmente ou dolorosamente acessados pela pessoa, de maneira que antes de se ingressar no curso da evocação é preciso garantir, por técnicas específicas, e por ambientes propícios (citando-se os avanços do depoimento sem dano com crianças) que se promova a reconsolidação, estabelecendo-se o tempo necessário e o conforto necessário para que a pessoa possa evocar a memória traumática sem distorções e sem maiores danos à própria vítima do evento. O tema da reconsolidação é bastante profundo e certamente transborda essas breves considerações aqui apontadas, comportando pesquisas próprias que merecem e devem ser levadas a efeito.

Todas essas características apontadas sobre a memória, dando-se especial destaque ao fato de que a evocação pode ser influenciada por diversas formas, atestam que, na verdade, a memória não é propriamente “resgatada” (daí o uso de aspas). O resgate pressuporia, logicamente, a busca de uma informação localizada em um específico ponto, e uma vez localizada não estaria suscetível de modificações ou falhas (tratar-se-ia de um retrato perfeito). Mas pelo que até aqui se viu, passando-se ao menos por três etapas sucessivas, influenciáveis por fatores da própria pessoa ou por fatores externos (onde reside a sugestibilidade), a memória se constitui em um processo mental de *construção*.

A construção da memória pode condizer, ainda que por bastante aproximação, com a realidade do episódio vivenciado. Sem dúvida alguma não significa, como uma leitura precipitada pode fazer crer, que todo e qualquer relato não é confiável. Apenas significa que não deve ser tão confiável como ordinariamente se faz crer. Significa, ainda, pela importância que carrega, que a memória não deve ser ignorada quando do estudo da prova testemunhal e que deve ser encarada como fenômeno complexo que é, merecendo, acima de tudo, treinamento e aperfeiçoamento de técnicas de inquirição que melhor se adaptem às atuais descobertas da psicologia do testemunho.

3 PROVA TESTEMUNHAL E A MEMÓRIA DECLARATIVA EPISÓDICA: ALGUNS ASPECTOS DA SUGESTIONABILIDADE E A URGÊNCIA PRESUMIDA NA COLHEITA DA PROVA

Quando se fala na confiabilidade da prova testemunhal, está-se diretamente tratando da própria confiabilidade de uma espécie pontual de memória: a declarativa episódica. Essa particular espécie não consegue reproduzir com exatidão irreparável o episódio vivenciado no período pretérito, já que trabalha, desde o início, apenas com fragmentos do que aconteceu, preenchendo-se as lacunas existentes por juízos de verossimilhança ou, o que é mais arriscado, por falsas memórias¹⁶ (decorrentes ou não da sugestionabilidade).

A memória declarativa episódica, portanto, tem características próprias que a diferenciam das demais espécies.¹⁷ Cite-se a já mencionada memória *sensorial* (sem prejuízo de outras), em que não tem por conteúdo o armazenamento de uma informação plástica como a visualização de um episódio fático da vida. Na verdade, a informação codificada pela memória sensorial é fruto do acionamento de mecanismos inatos que fazem com que a pessoa “aprenda” determinadas reações que somente os sentidos podem permitir. O já mencionado exemplo da certeza de que colocar a mão no fogo pode causar danos é exemplo claro da memória *sensorial*.

Como se vê, esse tipo de memória não tem o risco de sofrer as mesmas interferências do que a memória declarativa episódica (já que esta é plástica), de modo que não há de se cogitar da mesma proporção de risco entre elas. Ressalta-se, neste particular, que o relembrar de um episódio demanda quantidade de informações amplamente superior ao necessário para a memória sensorial, além de demandar a construção de uma imagem mental de uma situação concreta supostamente ocorrida.

O caráter plástico da memória declarativa episódica, portanto, abre espaço para a atuação da sugestionabilidade da memória (que pode, em certa medida, até ser moldada). A memória episódica, em outras palavras, é mais sugestionável que as demais. Isso também exige que não seja tratada como as demais, notadamente ante a importância que o relato testemunhal tem dentro da sistemática processual.¹⁸

Outra conclusão que deriva logicamente desse caráter está no fato de que o tempo, naturalmente, afeta mais a memória declarativa episódica do que qualquer outra espécie, especialmente porque a reconstrução mental de um fato passado demanda grande quantidade de informações importantes, como já visto. A memória episódica, no que interessa à prova testemunhal, sempre estará ligada às poucas informações que conseguiram atingir o catálogo de *memória de longa duração*, e neste ponto, como adverte Gilberto Antônio Xavier, a “passagem do tempo é crítica, pois leva ao decaimento da retenção da informação.”¹⁹

Ano após anos novos, experimentos atestam que a memória declarativa episódica, por ser plástica, pode sofrer influências que alterem o conteúdo evocado. Conquanto esse dado não signifique que todo e qualquer relato deve ser lançado à vala da total descrença (não é disso que trata a pesquisa), a questão ao menos atesta que se deve ter maior atenção com o problema, especialmente quanto à forma de se inquirir testemunhas (cada qual com sua particularidade, como o caso de oitiva de crianças).

Ainda que possam ser citados dados empíricos mais recentes, poucos experimentos foram tão elucidativos, no campo da sugestibilidade, quanto o estudo conduzido por Elizabeth Loftus e Palmer no ano de 1974. Aludidos pesquisadores apresentam a situação de um acidente automobilístico, por meio de imagens, para quatro grupos diferentes. Após, a forma de interrogação sobre o evento visualizado foi feita de forma diferente para cada grupo, com o objetivo de avaliar se haveria distinções da evocação.²⁰ Para o primeiro grupo, perguntou-se o que viram na cena quando os veículos *se encontraram*. Para o segundo, o que se recordavam de terem visto quando os veículos *toparam*. Já para o terceiro o que teriam visto quando os veículos *bateram*. Por fim, para o quarto grupo, o que se recordam de terem visto quando os veículos *se estraçalharam*.

Alguns integrantes do primeiro grupo indicaram velocidades baixas, inexistência de sangue e de vidros quebrados na cena. Já no segundo grupo, determinados integrantes já apontaram a existência de velocidade superior à do primeiro grupo, a presença de alguns vidros quebrados, conquanto não tenham visualizado sangue. Quanto ao terceiro grupo, identificaram-se relatos atestando velocidades ainda maiores (algumas aproximadas a 80 km/h), vidros quebrados e algumas porções de sangue. Ao final, no quarto grupo, alguns entrevistados conseguiram apontar velocidades muito elevadas dos veículos, diversos vidros quebrados, sangue e, o que é mais intrigante, a presença de mortos.²¹

Todas as considerações até aqui apontadas convergem para a conclusão de que a memória declarativa episódica (aquela que dá base ao depoimento testemunhal) é suscetível de sugestibilidade, e seu caráter plástico, como já se viu, permite falhas. Por isso, o decurso do tempo deve servir, por si, de justificativa suficiente para a antecipação dessa modalidade probatória no curso do processo, já que intrinsecamente carrega, em seu núcleo, uma presunção de urgência.

4 É PRECISO ANTECIPAR A PROVA TESTEMUNHAL. UMA ANÁLISE A PARTIR DA SÚMULA 455 DO STJ

Embora o sistema processual tenha na prova testemunhal seu ponto de maior legitimação, já que trabalha com a (re)construção de episódios passados, ainda é bastante tímida a preocupação com a preservação da confiabilidade do testemunho pelo decurso do tempo.

Seria possível abordar diversos problemas diferentes quanto à questão do tempo no processo, mas elege-se, pela amostragem, a possibilidade (ou dever?) de antecipar as provas na hipótese da suspensão do Processo Penal em curso, quando o réu não é localizado para citação pessoal, mas é citado de forma ficta por edital. De acordo com o artigo 366 do Código de Processo Penal:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (grifo não original).²²

A interpretação literal do dispositivo conduz à conclusão de que a antecipação da prova, na hipótese de suspensão do processo, consiste em uma faculdade do julgador, que deverá autorizar a medida quando vislumbrar motivos suficientes de que a qualidade e a utilidade do elemento probatório estejam em risco por força do possível decurso do tempo.

Ressalta-se que a doutrina majoritária, quanto ao Processo Penal, adota a ideia de que a antecipação da prova testemunhal deve partir de um juízo ponderação, não havendo um risco suficientemente presumido pelo decurso do tempo. Cite-se o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Durante a suspensão do processo, a regra é de que não seja antecipada a produção prova. Em casos devidamente justificados – a exemplo da iminência de perecimento da prova – o juiz, a partir de um critério de necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, ordenará a antecipação, que será produzida ‘com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na fata do primeiro, designado par ao ato’.²³

Agrega-se a esse dado técnico uma salutar constatação fática: o número de processos em andamento e a quantidade de demandas a serem enfrentadas superam, em muito, a estrutura física e humana do poder judiciário, de forma que a não antecipação da prova (especialmente a testemunhal) acaba também sendo, na via de realidade, uma ponderação entre a insuficiência de vagas na pauta de audiências e o risco que o tempo pode operar na confiabilidade da prova testemunhal.

Ademais, também há quem argumente que a não antecipação da prova encontra fundamento no princípio constitucional da ampla defesa (ante a insuficiência notória da defesa dativa)²⁴ e do contraditório, já que evita que o conjunto probatório seja formado sem a presença do acusado.

Com a devida vênia, o aludido entendimento não deve prosperar por razões distintas. A primeira delas está no fato de que a antecipação da prova testemunhal não tolhe o contraditório nem a ampla defesa, em especial, porque o processo não chegará a ser sentenciado em seu mérito enquanto o réu não for localizado, e uma vez comparecendo ao processo, terá contato com todos os testemunhos produzidos, para somente, então, como ato final da produção da prova oral, ser interrogado.

Acrescente-se, também, o argumento de que a prova oral antecipada na forma do artigo 366 do CPP exige a presença de advogado, e sua colheita antecipada premia a confiabilidade do testemunho, evitando-se distorções que o tempo pode causar, cujo risco, inclusive, recai sobre os interesses do próprio réu (dada a possibilidade empiricamente demonstrada do surgimento de falsas memórias em determinadas circunstâncias).

Ressalta-se que o entendimento de que o simples decurso do tempo não é suficiente para autorizar a produção antecipada da prova (exigindo-se, em acréscimo, a demonstração de outros riscos concretos) deu origem ao texto da Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.”²⁵

O fato de se tratar de um enunciado sumular naturalmente faz que o entendimento seja seguido pelas instâncias inferiores, sobretudo para salutar manutenção da coerência do sistema. Mas embora não se ignore as razões que motivaram a adoção do aludido entendimento, as constatações sobre os elementos cognitivos da memória que já foram apontadas neste texto bastam, de maneira bastante convincente, para defender a modificação do aludido entendimento, ou mesmo a construção de fundamentação que seja capaz, no caso concreto, de superar as limitações impostas pela súmula.

Observa-se que inúmeros são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que adotam o já mencionado entendimento doutrinário e que representam o mesmo raciocínio consolidado no enunciado sumular. Cite-se, sem prejuízo de inúmeros outros, o caso de recente Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* em que se decidiu que a antecipação da prova deve se restringir “às provas consideradas urgentes, característica que deve estar concretamente comprovada em cada caso por fundamentos que justifiquem a excepcional antecipação.”²⁶

Nota-se que a Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça, ao não excepcionar o testemunho, acaba por afirmar a conclusão de que a urgência não decorre puramente do transcorrer do tempo no caso da prova testemunhal, limitação esta com a qual não se pode concordar à luz das recentes contribuições da psicologia do testemunho.

Em verdade, a antecipação da prova no processo, quando da hipótese do artigo 366 do CPP deveria ser automática e obrigatória em todos os casos, situando-se como uma decorrência natural da decisão. Os riscos que o tempo opera na memória, pelo que ficou demonstrado, são

extremamente nocivos e substancialmente maiores do que ordinariamente se crê, de modo que se deve ter por presumida, em todos os casos envolvendo a prova testemunhal, a *necessidade* que a Súmula 455 do STJ exige na condição de uma fundamentação de cunho excepcional.

Observa-se que, embora o entendimento predominante ainda seja pela não antecipação da prova testemunhal (por causa da aplicação literal da aludida súmula), já é possível encontrar recentes decisões, inclusive no próprio Superior Tribunal de Justiça, que se amparam na falibilidade da memória humana para justificar a produção antecipada da prova, partindo-se, em tais casos, do juízo de presunção de que a urgência é inerente quando se está diante da prova testemunhal. Eis recente decisão prolatada pela quinta turma:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESACATO. PROVA TESTEMUNHAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. RELEVANTE LAPSO TEMPORAL DESDE A DATA DOS FATOS. DEFENSORIA INTIMADA DA DECISÃO, NADA REQUEREU. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Apesar de o enunciado 455 da Súmula desta Corte de Justiça dispor que “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”, a natureza urgente que dá ensejo à produção antecipada de provas é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana. 2. No caso, tendo em vista que os fatos ocorreram em 2010 e as audiências de produção antecipada das provas ocorreram em 2012 e 2014, entendo que inexistente a ausência de fundamentação na adoção da medida, visto que o decurso do prazo, de fato, poderia prejudicar a colheita da prova testemunhal, não havendo, portanto, que se falar em ofensa ao art. 366 do CPP e à Súmula 455 desta Corte. 3. A Defensoria Pública, ciente da decisão desde 2012, apenas se insurgiu contra a mesma em 2014, demonstrando que houve apenas alegação genérica da matéria, sem apontar qualquer prejuízo ao recorrente. 4. Ressalte-se que o deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo ao acusado, já que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o acusado compareça ao processo futuramente poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias à comprovação da tese defensiva, inclusive a repetição da prova produzida em antecipação, se apresentar argumentos idôneos. 5. Recurso não provido.²⁷

E não é só. Além da confiabilidade da memória (argumento extensível a todos os casos), podem ser considerados outros argumentos para a antecipação das provas. Em crimes de natureza sexual, por exemplo, é plausível concluir que a própria Súmula 455 do STJ recomenda a utilização de fundamentação concreta para a colheita antecipada dos testemunhos enquanto o réu não é localizado. Neste ponto, poucas dúvidas há no sentido de que o testemunho prestado dentro do ambiente judicial por vítimas de crimes desta natureza reveste-se de particular constrangimento. Além disso, impõe sofrimento moral a tais pessoas por reviverem, pelo curso de uma narrativa, o evento traumático a que foram submetidas. Nessa ordem de ideias, o decurso do tempo pode suavizar as máculas causadas pelo delito,

fazendo que a vítima prossiga com sua vida, embora isso jamais signifique o esquecimento do evento (apenas o enclausura). Fazer a pessoa reviver o trauma, muito tempo depois, reabrindo a dor que, com o tempo, enclausurou, é elemento que os agentes do processo não devem ignorar quando forem decidir pela antecipação ou não das provas.

5 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos apresentados, é possível extrair algumas conclusões que podem alimentar debates teóricos sobre o tema, mas essencialmente promover influências práticas na questão da prova testemunhal.

Em linhas gerais, pode-se apontar o seguinte:

- a) a memória humana não pode ser vista como um fenômeno puramente biológico, já que suscetível a múltiplos aspectos simultâneos, inclusive emocionais e físicos (não é por outra razão que há uma atividade cerebral bastante complexa quando do processo de construção da memória). Conclui-se, nesse ponto específico, que a memória não é armazenada em um campo específico, mas se constitui, de forma contrária do que se imaginou, em verdadeiro processo de construção composto de ao menos três etapas essenciais: a codificação, o armazenamento (no catálogo de curta duração e de longa duração, este em caráter excepcional) e a evocação;
- b) o tema, em razão disso, é ainda revestido de bastante complexidade, e pouco domínio há de forma plena sobre o controle que a pessoa pode ter sobre a memória no curso dessas três etapas, embora haja bastante evidência de que a memória sofre influências da sugestibilidade (interna e externa), podendo ser afetada em qualquer de suas fases. Daí já é possível acentuar, desde já, a maior necessidade de colheita antecipada da prova testemunhal;
- c) das diversas espécies de memória existentes, destaca-se para o estudo a *declarativa episódica*, relacionada, como se extrai da própria terminologia, à tarefa de recordar um episódio passado. Por característica é mais plástica, por exemplo, que a memória sensorial, mas é a mais suscetível de equívocos e distorções, inclusive por força da sugestibilidade, de maneira que o tempo entre o episódio vivenciado e o momento da evocação não podem ser considerados fatores de baixo risco para a qualidade do testemunho a ser prestado. Aliás, o efeito do tempo nessa particular espécie de memória é empiricamente demonstrado mais nocivo do que se imagina;
- d) embora hoje existam suficientes razões para concluir que a urgência na antecipação da prova testemunhal deveria ser encarada como consequência da natural falibilidade da memória declarativa episódica, a prova testemunhal, na hipótese da suspensão do processo de que trata o artigo 366 do CPP, é permitida apenas de forma excepcional pelo atual entendimento Jurisprudencial (tendência também

acompanhada pela doutrina). Cite-se a Súmula 455 do STJ que claramente indica que o decurso do tempo não é motivo bastante para a colheita antecipada dos testemunhos enquanto o réu não for localizado, exigindo-se fundamentação que seja capaz de demonstrar outros elementos na espécie que autorizem, em caráter excepcional, a colheita antecipada da prova;

- e) as atuais descobertas da psicologia do testemunho atestam, no entanto, que a memória declarativa episódica, de forma bastante pontual (diferentemente, por exemplo, da memória sensorial), sofre interferência relevante do tempo, abrindo-se espaço, inclusive, para distorções e para o surgimento de falsas memórias, riscos que afetam a todos os agentes do processo. Nesse contexto, o decurso do tempo promove riscos substanciais à prova testemunha e já traz consigo a presunção de necessidade de antecipação da prova, de modo que sua colheita antecipada, na hipótese descrita no artigo 366 do Código de Processo Penal, deve sair do campo da excepcionalidade, para se traduzir, doravante, em regra geral.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSA, Alexandre Morais da. **Memória é como diamante: quanto mais falsa, mais perfeita**. Disponível em: <<http://http://justificando.com/2014/09/08/memoria-e-como-diamante-quanto-mais-falsa-mais-perfeita/>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

BADDELEY, Alan et al. **O que é memória?** São Paulo: Artmed, 2010.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

CANSINO, Patricia Trejo-Morales Sele. Efectos de la atención dividida sobre la memoria episódica en adultos jóvenes y mayores. **Revista Colombiana de Psicología**, Bogotá, v. 20, p. 182, 2011.

IZQUIERDO, Iván Antonio et al. Memória: tipos de mecanismos - achados recentes. **Revista Usp**, São Paulo, n. 98, p. 9-16, 2013.

LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. **Scientific American**, Washington, v. 277, p. 70-75, 1997.

LOFTUS, E. F.; PALMER, J. C. Reconstruction of auto-mobile destruction: An example of the interaction between language and memory. **Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior**, v. 13, p. 585-589, 1974.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Acyr. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury. **Memória não é polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da Unipar**, Paraná, v. 5, n. 2, p. 179-186, 2001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2012.

XAVIER, Gilberto Fernando. A modularidade da memória e o sistema nervoso. **Revista Psicologia USP**, São Paulo, v. 4, p. 68, 1993.

-
- 1 STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. **Arquivos de Ciências da Saúde da Unipar**, Paraná, v. 5, n. 2, p. 179-186, 2001.
 - 2 ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 80.
 - 3 GAUER, Gustavo. Falsas Memórias. In: OLIVEIRA, Acyr. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 165.
 - 4 VASCONCELLOS, Silvio José. Memória, evolução e psicologia evolucionista. In: OLIVEIRA, Acyr. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 85.
 - 5 ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 80.
 - 6 Ibidem, p. 82.
 - 7 IZQUIERDO, Iván Antonio et al. Memória: tipos de mecanismos-achados recentes. **Revista Usp**, São Paulo, n. 98, p. 12, 2013.
 - 8 GAUER, Gustavo. Falsas memórias. In: OLIVEIRA, Acyr. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 166.
 - 9 BADDELEY, Alan et al. **O que é memória?**. São Paulo: Artmed, 2010. p. 29.
 - 10 Ibidem, p. 30.
 - 11 ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSA, Alexandre Morais da. **Memória é como diamante: quanto mais falsa, mais perfeita**. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/09/08/memoria-e-como-diamante-quanto-mais-falsa-mais-perfeita/>>. Acesso em: 16 nov. 2015.
 - 12 LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. **Scientific American**, Washington, v. 277, p. 70-75, 1997.
 - 13 Ainda sobre o tema: ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury. **Memória não é polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>>. Acesso em: 16 nov. 2015.
 - 14 BADDELEY, Alan et al. **O que é memória?**. São Paulo: Artmed, 2010. p. 19.
 - 15 Ibidem, p. 23.
 - 16 ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 103.
 - 17 Vide: CANSINO, Patricia Trejo-Morales Sele. Efectos de la atención dividida sobre la memoria episódica en adultos jóvenes y mayores. **Revista Colombiana de Psicología**, Bogotá, v. 20, p.182, 2011.
 - 18 Se preocupar com a sugestionabilidade é assunto de relevância para todos (mesmo que inicialmente defendam pretensões diferentes em seus pedidos). No Processo Penal, por exemplo, todos possuem interesse de que a testemunha arrolada consiga retratar o fato com maior proximidade da realidade. Por isso, estudar as técnicas adequadas de interrogação (v.g adoção de perguntas mais abertas) certamente contribui para melhor solução do processo, e evita decisões equivocadas.
 - 19 XAVIER, Gilberto Fernando. A modularidade da memória e o sistema nervoso. **Revista Psicologia USP**, São Paulo, v. 4, p. 68, 1993.

- 20 LOFTUS, E. F.; PALMER, J. C. Reconstruction of auto-mobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, v. 13, p. 585-589, 1974.
- 21 LOFTUS, E. F.; PALMER, J. C. Reconstruction of auto-mobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, v. 13, p. 585-589, 1974.
- 22 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941.
- 23 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2012. p. 708.
- 24 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 764.
- 25 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 55.716/SC. Relator: Ministro Jorge Mussi, quinta turma. Santa Catarina, 28 de abril de 2015.
- 26 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 55.716/SC. Relator: Ministro Jorge Mussi, quinta turma. Santa Catarina, 28 de abril de 2015.
- 27 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 54.561/RO. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), quinta turma. Rondônia, 17 de março de 2015.

COGNITIVE ASPECTS OF MEMORY AND THE ANTICIPATION OF EYEWITNESS TESTIMONY IN CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

Testimony is essentially based on the idea that a person, through episodic declarative memory, has the special ability to reproduce, with great accuracy, a past event. It just so happens, however, that the latest scientific findings in the field of the psychology of testimony show that memory is, in fact, a more complex phenomenon than it is popularly believed. The multiple stages of the formation of a memory (especially encoding, storage and retrieval) occur under the simultaneous activity of different brain regions, influenced by endogenous and exogenous aspects. It is believed that memory does not mean the recovery of a previously stored information, but a true process of construction. Such complexity is accompanied by risks on the reliability of memory, which cannot be ignored by Criminal Procedure. It is noteworthy that time can influence the reliability of memory in a more decisive way than what is believed, so that the anticipation of evidence based on testimony should be, whenever possible, carried out, in the name of the best solution of the case that is the object of a judicial procedure.

Keywords: Criminal Procedure. Memory. Fallibility. Eyewitness Testimony. Anticipation.

Submetido: 14 fev. 2017

Aprovado: 15 maio 2017

DAS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO À TEORIA DA DECISÃO: POR UMA PERSPECTIVA REALISTA ACERCA DAS INFLUÊNCIAS E CONSTRANGIMENTOS SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL

Ricardo de Lins e Horta*
Alexandre Araújo Costa **

1 Introdução: da decisão às teorias da interpretação. 2 Teorias sobre a decisão judicial: panorama do estado da arte. 3 A psicologia da justificação da decisão: articulando descoberta e justificação. 4 Das teorias da interpretação à teoria da decisão. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

A ideia de que seja possível desenvolver uma metodologia hermenêutica capaz de conduzir a decisões corretas continua sendo um dos elementos centrais dos discursos dogmáticos contemporâneos, especialmente na forma das teorias da argumentação. Em virtude disso, o comportamento judicial configura um elemento secundário no desenvolvimento das teorias tradicionais. As pesquisas descritivas a seu respeito acabaram se inspirando numa peculiar vertente do positivismo, o realismo jurídico, que levou a sério a ideia de que era preciso realizar uma ciência empírica do Direito, capaz de explicar o papel das preferências político-ideológicas, pessoais, entre outras, na decisão judicial. Neste artigo, sustentamos que uma teoria realista da interpretação, que encare o Direito como uma arena decisória, permite que se vislumbre uma teoria da decisão, que integre não só fatores discursivos, mas também estratégicos, sociais e reputacionais da decisão. Para tanto, apresentamos uma série de estudos empíricos, oriundos da Psicologia Cognitiva e Social, da Ciência Política e da Economia Comportamental, que investigam como os fatores extrajurídicos influenciam e constroem o processo de tomada de decisão judicial. Por fim, com base em teorizações recentes sobre como o raciocínio humano se articula com o processo argumentativo de justificação, defendemos que, do ponto de vista da formulação de uma teoria da decisão judicial, a oposição entre contextos de “descoberta” e “justificação” não mais se sustenta.

* Doutorando em Direito (UnB) e Mestre em Neurociências (UFMG). Pesquisador visitante no grupo *Évolution & Cognition Sociale*, da *École Normale Supérieure*, em Paris (2016-2017). E-mail: <ricardolinshorta@gmail.com>.

** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Faculdade de Direito da UnB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Política e Direito (UnB). E-mail: <alexandre.araujo.costa@gmail.com>.

Palavras-chave: Decisão judicial. Teoria da Argumentação Jurídica. Contexto da descoberta. Fatores extrajurídicos da decisão judicial. Teoria Realista da Interpretação.

1 INTRODUÇÃO: DA DECISÃO ÀS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO

Embora a *decisão judicial* seja um dos temas centrais de todas as abordagens acerca do Direito, foi somente nas últimas décadas que os fenômenos psicológicos envolvidos em tais decisões se tornaram um tema central de investigação. Isso não significa que, em momentos históricos anteriores, tenha passado despercebido o fato de que as decisões judiciais (como quaisquer outras decisões) decorrem de julgamentos fortemente influenciados pelas condições subjetivas do juiz.

Aristóteles, por exemplo, reconhecia que o julgamento adequado era um ato individual que envolvia uma combinação de *capacidades intelectivas* (sem as quais não seria possível compreender devidamente as consequências das decisões e suas justificativas) e de *formação moral* (sem as quais seria impossível identificar a solução justa e pesar os interesses em jogo). Os filósofos gregos da Antiguidade não dispunham de uma metalinguagem psicológica que tratasse da cognição como uma atividade cerebral específica, mas Aristóteles desenvolveu categorias voltadas para compreender e avaliar a interferência das condições subjetivas nos processos decisórios, especialmente a noção de “disposição da alma”. Por mais que entendesse relevante formar pessoas capazes de *reconhecer intelectualmente* uma solução socialmente considerada justa, Aristóteles considerava que a *excelência moral* consistia em uma *disposição da alma* para a prática de atos moralmente excelentes. Uma das principais virtudes dessa concepção era a admissão clara de que o desenvolvimento meramente intelectual era incapaz de gerar boas decisões e que, portanto, a sociedade deveria ser capaz de promover uma educação moral das pessoas, para que elas fossem capazes de tomar decisões adequadas tanto no campo ético (do cuidado de si e das relações interpessoais) quanto no campo político.¹

Tal concepção estava ligada ao profundo ceticismo de Platão e Aristóteles quanto às propostas de organizar a sociedade a partir de um sistema fixo de regras, pois nenhum conjunto prefixado de normas seria capaz de lidar adequadamente com as complexidades da política. Quando uma sociedade atribui valor primordial ao *Direito* (entendido como conjunto de regras a serem aplicadas) e não à *justiça* (entendida como um parâmetro finalístico a ser buscado pelas decisões políticas), as decisões jurídicas tendem a ser medidas por uma espécie de *fidelidade* ao parâmetro normativo, o que exige a formulação de uma *teoria da interpretação* que regule a conexão entre norma e decisão. A consciente afirmação de que a *decisão política* não deveria ser reduzida a uma espécie de *interpretação normativa* conduziu a tradição filosófica de matriz grega a negar centralidade ao pensamento normativista que veio a se tornar hegemônico no pensamento político da modernidade.

Onde não há uma *centralidade da norma*, tampouco é cabível a centralidade de uma *teoria da interpretação*. No caso da tradição filosófica grega, havia uma espécie de *teoria da decisão* (com outro nome, é claro) que apontava no sentido de que estratégia fundamental para produzir boas decisões não era definir critérios objetivos aplicáveis de forma impessoal, mas formar bons julgadores. Esse esforço exigia uma *teoria moral* que organizasse o *processo decisório*, o que conduziu ao desenvolvimento de um discurso que articulasse de forma indissolúvel as noções de ética e *política*: não é por acaso que Platão descreve a justiça com a metáfora da República e que a *Ética a Nicômacos* de Aristóteles fosse uma espécie de introdução à Política.

As alterações sociais que estão na base da formação das sociedades modernas evidenciaram os limites estreitos dessa estratégia. Os filósofos gregos pensavam no limite da *polis*: uma unidade política relativamente pequena, integrada por cerca de 40.000 cidadãos e dotada de uma alta homogeneidade cultural. Essa demografia permitia que um governo central e unitário monitorasse toda a população e tomasse todas as decisões políticas referentes à organização social. Os desafios ligados à organização política de unidades maiores e menos homogêneas envolviam uma camada de complexidade que escapava à teoria grega: a necessidade de estabelecer um governo central que coordenasse uma série de unidades relativamente autônomas de governo. Essa complexidade mais acentuada nos impérios, com sua grande variedade de culturas submetidas ao mesmo governo central, e que exigiam a difícil tarefa de criar estruturas de governos locais que fossem enraizados em seus territórios sem perder a lealdade ao centro de governo.²

A centralização governamental é uma estratégia perigosa de governo, pois ela pode conduzir a um gasto demasiado de energia no controle da própria rede de pessoas investidas em funções governamentais. A capacidade de governar territórios amplos e heterogêneos faz que a coesão interna dos governos seja constantemente desafiada: é impossível governar sem alguma forma de descentralização, mas os interesses de cada unidade são dificilmente conciliáveis entre si e com os interesses do governo central. Por mais que grandes unidades centralizadas sejam capazes de gerar exércitos de formidável poder, tais organizações reiteradamente têm sucumbido aos limites da própria capacidade de garantir a unidade do sistema.

Na modernidade, a necessidade de coordenar unidades populacionais maiores e mais diversas foi enfrentada a partir do desenvolvimento de *procedimentos impessoais*, capazes de gerar resultados adequados independentemente das características pessoais dos governantes. No âmbito do Direito, a tese clássica de que é preciso educar bons julgadores foi substituída pela concepção de que é preciso *criar boas leis* e aplicá-las de forma *impessoal*.³ Embora as teorias políticas da modernidade tipicamente acentuem o aspecto legislativo do governo como uma das características fundamentais da *soberania*, devemos também reconhecer que o processo moderno de centralização governamental (que culminou na formação dos Estados nacionais) foi sempre mitigado pelo desenvolvimento de estratégias limitadoras dos poderes

legislativos do governo, especialmente pelo estabelecimento de uma burocracia judicial relativamente autônoma.

Como indica António Hespanha,⁴ e diversamente do que sugere nossa compreensão usual da ideia de *absolutismo*, antes de 1800, a lei não apenas era uma fonte de Direito minoritária, mas era também uma fonte *subordinada*. Os costumes eram a principal fonte invocada nos julgamentos e, ao longo da modernidade, antes que o judiciário se constituísse como um poder político autônomo, foram desenvolvidas várias categorias voltadas a estabelecer parâmetros jurídicos que fossem blindados contra a autoridade governamental: *Law of the land*, *due process*, Direito Romano, Direito Natural, princípios gerais de Direito, constituição. Quando o constitucionalismo norte-americano instituiu o judiciário como um dos três “ramos” do governo, já era estabelecida a tradição de que julgamentos adequados deveriam levar em conta parâmetros jurídicos superiores à autoridade dos governos. Quando as constituições passaram a ser consideradas como uma norma jurídica com hierarquia superior ao próprio poder legislativo, a ideia de que o governo se submetia a limites normativos superiores já era bem assentada.

No contexto de uma burocracia judicial cuja autoridade se fundamentava no fato de que eles deveriam ser meros *intérpretes* de textos normativos dotados de uma autoridade própria, nada mais natural do que a tentativa de descrever as decisões judiciais como processos de *interpretação adequada* do Direito.⁵ Na mitologia política da modernidade, as decisões legislativas precisavam ser descritas como *expressões da soberania do povo* e as decisões judiciais precisavam ser descritas como *aplicações adequadas* das normas vigentes. O governo não poderia se apresentar como governo, pois o mito fundante da modernidade política é a ausência de cisão entre *governantes* e *governados*: o povo se autogoverna com base em uma noção idealizada de *representação*, e suas decisões devem ser impostas por meio de procedimentos impessoais de interpretação.

As grandes escolas modernas de hermenêutica foram desenvolvidas nesse contexto de poderes judiciários autônomos que justificavam sua autoridade pelo seu caráter *impessoal* e que buscavam garantir essa objetividade por meio de discursos dogmáticos, ou seja, por *teorias normativas da interpretação* que tinham como função primordial oferecer diretrizes capazes de organizar os processos de tomada de decisão e, com isso, contribuir para que o sistema de justiça realizasse as suas funções políticas. Essas teorias normativas evidentemente não eram calcadas em uma *descrição realista* dos processos efetivos de tomada de decisão, mas em uma descrição idealizada, comprometida com a caracterização de tais processos como manifestações de procedimentos técnicos determinados.

A característica radicalmente moderna de tais teorias está em sua pretensão de oferecer critérios hermenêuticos que possam ser manejados de modo impessoal e cuja utilização conduza a decisões corretas, independentemente de quem seja o julgador. Não se trata apenas de uma perspectiva que não valoriza os elementos psicológicos da decisão, mas de uma

concepção voltada justamente a proporcionar julgamentos blindados contra esses elementos, cuja única função teórica passa a ser a de um obstáculo a ser superado. A receita para superar esses obstáculos estava em uma concentração na *justificação das decisões*: a legitimidade de uma decisão não deveria ser fundamentada nas características pessoais dos julgadores, nem nos resultados que ela tenderia a realizar, mas apenas nas razões apontadas para justificar que a decisão era efetivamente uma aplicação adequada dos mandamentos legais.

A ideia de que era possível desenvolver uma metodologia hermenêutica capaz de *conduzir* a decisões corretas, por mais que seja contrária a todas as nossas intuições relativas ao comportamento individual dos juízes, continua sendo um dos elementos centrais dos discursos dogmáticos contemporâneos. A resiliência dessa concepção é especialmente notável quando consideramos que a teoria tradicional da interpretação foi submetida a uma série de críticas muito severas às idealizações da dogmática jurídica. Todavia, quando observamos com cuidado essas críticas, notamos que existe muito mais um debate acerca de *qual seria a metodologia adequada* do que acerca da viabilidade de desenvolver uma tal metodologia. A ideia de que seria possível desenvolver um algoritmo interpretativo fixo tem poucos adeptos nos dias de hoje, mas a pretensão original sobreviveu de maneiras mais *leves*, especialmente na forma das *teorias da argumentação*.

As teorias da argumentação jurídica, formuladas especialmente nas décadas de 1970 e 1980, podem ser lidas como uma resposta às críticas que foram dirigidas à teoria tradicional pelas teorias positivistas calcadas nos desenvolvimentos contemporâneos da filosofia da linguagem. No início do século XX, várias teorias apontaram o caráter *idealista* das hermenêuticas dogmáticas e indicaram que uma visão *realista* dos processos decisórios deveria reconhecer que, *em grande medida*, as decisões judiciais eram manifestações de *preferências políticas*. A textura aberta das normas e a inviabilidade de justificar racionalmente os processos decisórios foram apontados por positivistas, como Kelsen e Hart, por realistas, como Alf Ross, e por hermenêuticos, como Hans-Georg Gadamer. A teoria da interpretação de Kelsen é especialmente reveladora dessa crítica: deveríamos ser capazes de diferenciar os *atos de conhecimento* por meio dos quais identificamos os potenciais significados de uma norma dos *atos de vontade* pelos quais escolhemos uma das interpretações possíveis.⁶

Essas teorias dirigiram um ataque poderoso contra as abordagens dogmáticas e provocaram contra-ataques ruidosos, mas com alcance teórico limitado, tais como a *teoria da interpretação* de Emilio Betti. Todavia, logo ficou claro, também, que as teorias positivistas eram fundadas em uma divisão binária entre *racionalidade* e *irracionalidade* que não levava em conta os modos pelos quais as decisões eram efetivamente tomadas. Kelsen e Hart partiram do pressuposto positivista de que, ou uma questão é científica (e pode ser racionalmente respondida), ou ela é política (e sobre ela a ciência deveria silenciar). Portanto, afirmar o caráter político das decisões judiciais significava colocá-las fora do alcance da *Ciência do Direito*, dado que o positivismo parte do dogma de que não é possível tratar racionalmente

os juízos de valor.⁷ Ademais, cabe ressaltar que a redução positivista de todo *juízo de valor* a um *ato de vontade* implica uma noção de escolha que não se deixa compatibilizar com os desenvolvimentos científicos que buscam compreender os comportamentos com base em elementos psicológicos ou inconscientes.

Uma das primeiras reações mais densas contra essa crítica foi elaborada por Chaïm Perelman, que promoveu um retorno a Aristóteles para analisar empiricamente os discursos de justificação efetivamente utilizados em contextos decisórios. Perelman percebeu que, apesar de inexistirem critérios hermenêuticos fixos nem decisões politicamente neutras, isso não significava que a atividade judicial ocorresse da forma desordenada. Havia uma ordem, mas essa ordem precisava ser medida por categorias que rompessem a distinção binária entre um campo racional completamente definido e um campo irracional completamente ilógico. A resposta encontrada por Perelman foi fecunda: havia uma *lógica jurídica*, que não seguia padrões da lógica formal, mas que tinha suas próprias formas de estabelecer a validade dos argumentos.⁸ Esse foi o pontapé inicial para um giro argumentativo nas teorias hermenêuticas do direito: em vez de se dedicarem ao objetivo impossível de estabelecer critérios hermenêuticos *racionais* capazes de gerar *interpretações corretas*, deveria ser possível avaliar os argumentos utilizados (e não o seu resultado): o critério de validade das decisões não deveria estar em sua *correspondência com o verdadeiro sentido da lei*, mas no fato de a decisão ser tomada *a partir de uma argumentação juridicamente razoável*.

Esse giro procedimental incorporava alguns elementos do giro pragmático da filosofia da linguagem, especialmente a noção de que as funções da linguagem deveriam ser percebidas no modo como elas contribuem para a articulação efetiva dos comportamentos das pessoas (dimensão pragmática), e não na medida em que elas portam significados verdadeiros (dimensão semântica). As variadas teorias da argumentação tiveram bastante sucesso em sua tentativa de estabelecer critérios de razoabilidade capazes de medir a adequação jurídica dos discursos de justificação. Todavia, os limites dessas teorias logo se tornaram claros também: elas tendem a se concentrar naquilo que os juízes dizem (julgando a validade jurídica a partir da *consistência argumentativa*), quando a crítica fundamental dos positivistas do início do século XX era que os discursos judiciais não correspondiam ao que os juízes efetivamente fazem. Enquanto o realismo dos positivistas exigia teorias capazes de descrever adequadamente o comportamento dos juízes, esclarecendo o modo pelo qual eles decidem, as teorias da argumentação se concentraram em renovar a dogmática, proporcionando critérios normativos para orientar a prática judicial.

Essa narrativa sugere que a ausência de uma *teoria da decisão jurídica* fundada em estudos empíricos acerca dos processos efetivos de tomada de decisão é plenamente compatível com as teorias hermenêuticas tradicionais (voltada a elaborar metodologias decisórias baseadas em critérios dogmáticos), com as teorias positivistas (que negavam a possibilidade de uma dogmática racional) e com as teorias da argumentação (que se limitaram a renovar as pretensões dogmáticas do direito). Se hoje existe um grande contingente de pesquisas voltadas a compreender o efetivo

processo de tomada de decisões, a principal inspiração teórica não está nas teorias citadas, mas em uma peculiar vertente do positivismo, o realismo jurídico. Foi essa a concepção que levou a sério a ideia de que era preciso realizar uma ciência empírica do Direito, capaz de explicar *racionalmente* o comportamento *irracional* dos juízes: suas preferências ideológicas, suas concepções de mundo, suas disposições da alma, sua subjetividade, sua classe social, suas ideologias. A ideia de que era possível explicar o fenômeno decisório a partir de *conexões causais* é muito diversa das tentativas de fixar parâmetros adequados para orientar as decisões judiciais.

Os desenvolvimentos dessa perspectiva não nos conduzem a uma *teoria normativa da interpretação* (pois os positivistas não deixaram muito espaço para que uma hermenêutica dogmática viesse a ser considerada como uma ciência, ao menos em um sentido diverso da ciência astrológica ou do tarô), nem a uma *teoria normativa da argumentação* (visto que uma dogmática centrada no processo não tem grandes ganhos com relação a uma dogmática centrada na interpretação verdadeira), mas a uma *teoria descritiva da decisão jurídica*, capaz de identificar fatores que influenciam os efetivos processos de tomada de decisão.

Cabe ressaltar que os defensores do positivismo, de uma *teoria da interpretação* ou de uma *teoria da argumentação* não negam a possibilidade de abordagens científicas voltadas a compreender a psicologia da decisão. Eles simplesmente indicam que esses elementos causais não têm relevância dogmática: para o discurso jurídico, pouco importam os motivos pelos quais uma determinada autoridade enunciou uma decisão, visto que a questão jurídica fundamental (a validade da decisão) é independente dos motivos que influenciaram a decisão. Essas teorias são especialmente compatíveis com a noção clássica, já mencionada por Piero Calamandrei, de que os juízes primeiramente tomam a decisão por meio de uma intuição fulgurante e que somente depois disso desenvolvem uma argumentação voltada a justificar juridicamente a decisão previamente tomada: “às vezes, acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverte a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-la.”⁹ Tal percepção, inclusive, permitiu que teóricos vinculados a essa concepção dividissem a atividade decisória em dois “contextos”: o “contexto da descoberta”, que indica o momento em que o julgador *descobre* a decisão que considera intuitivamente mais adequada, e o “contexto da justificação”, em que ele apresenta publicamente um discurso jurídico voltado a justificar sua decisão intuitiva. Como afirma MacCormick, um dos expoentes da teoria da argumentação:

Logo, a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação. (...) o que leva um juiz a considerar vitoriosa uma parte em vez da outra é uma questão totalmente diferente do fato de saber se a reflexão nos revela haver boas razões justificatórias mais favoráveis a uma parte que à outra.¹⁰

De fato, diversamente do estudo das razões jurídicas invocadas para justificar uma decisão, o estudo empírico dos processos de tomada de decisão não conduz a argumentos com relevância dogmática. Todavia, não parece ter grande utilidade prática essa tentativa

de reduzir o Direito a um jogo argumentativo e não a uma arena decisória. Se é correta a percepção de que a decisão não é tomada em função da argumentação, também deveríamos reconhecer que, nos processos judiciais, a interferência dos argumentos não deve ser medida em termos de sua consistência argumentativa, mas em termos de sua capacidade de influenciar a decisão. Quando isolamos a participação de um determinado ator, pode até fazer algum sentido distinguir o *contexto da descoberta* do *contexto de justificação*. Todavia, quando analisamos conjuntamente a interação dos diversos atores, em que as petições dos advogados influenciam as decisões dos juízes e os votos de um juiz interferem nas decisões dos outros, deixa de fazer sentido a distinção *descoberta/justificação*, que somente tem potencial heurístico quando descreve um comportamento individual.

Como categoria adequada para analisar as interações coletivas envolvidas nas decisões, essa divisão artificial, voltada especialmente a isolar e valorizar a argumentação jurídica efetivamente manifestada, deixa de ser relevante. Por isso, não obstante a óbvia importância de se zelar por um sistema de Justiça em que as decisões sejam fundamentadas em argumentos válidos e passíveis de debate na esfera pública, é estranho que tanto esforço se tenha dedicado à justificação dogmática das decisões e tão pouco à compreensão dos efetivos processos decisórios. Temos várias teorias interpretativas, algumas teorias da argumentação, mas faltamos uma teoria da decisão propriamente dita, possivelmente pelas evidentes dificuldades de equilibrar a utilidade dogmática de uma teoria com sua precisão descritiva.

Um argumento frequentemente utilizado na defesa dessa posição é que não é possível “acessar” a mente judicial, e que não há uma metodologia que permita sondar as razões da “descoberta” de uma decisão. Neste artigo, buscamos mostrar que essa objeção não é procedente e que, nos últimos anos, um vasto instrumental vem se desenvolvendo para que a análise de “descoberta” e “justificação” se dê de forma integrada.

A seguir, traçaremos um breve panorama de como a decisão judicial é tratada a partir da Ciência Política, da Economia e da Psicologia, mostrando como os aspectos comportamentais ligados ao contexto da “descoberta” já são extensamente tratados. Em seguida, enfrentaremos o problema de como uma teoria da interpretação poderia ser articulada numa teoria da decisão, com base em teorias recentes sobre justificação e decisões.

2 TEORIAS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL: PANORAMA DO ESTADO DA ARTE

Para compreender como cientistas políticos e economistas compreendem a decisão judicial, é importante lembrar que, como ciências com pretensões empíricas, o tratamento dispensado ao problema partilha de um pressuposto metodológico que combina uma visão “behaviorista” da decisão - focada no comportamento observável - e baseada no individualismo metodológico, muitas vezes por meio da “teoria da escolha racional”. Não é de admirar,

assim, que, desde o princípio, a ênfase fosse dada não em textos judiciais e seus argumentos, mas sobre os resultados das decisões, se procedentes ou não. Passemos em revista essas abordagens sobre a decisão, antes de nos debruçarmos sobre a literatura psicológica.

Desde a década de 1940, cientistas políticos norte-americanos se dedicam ao estudo das influências externas na decisão judicial. Por volta dessa época, os julgamentos da Suprema Corte que, em sua maioria, eram decididos por unanimidade, passaram a ser julgados por um colegiado cada vez mais dividido em linhas ideológicas, progressistas ou conservadoras.¹¹ Ademais, por influência do Realismo Jurídico norte-americano, já se tratava com certa naturalidade a ideia de que as preferências político-ideológicas poderiam ter um grande peso na resolução que um magistrado dará à causa – em oposição a uma visão em tese ingênua, “legalista”, de que os textos jurídicos seriam o determinante da decisão judicial.¹²

Como boa parte dessa literatura inicialmente se concentrou sobre decisões polêmicas da Suprema Corte, que tratavam de temas moralmente carregados, é compreensível que o partido do Presidente da República que indicou os Ministros do tribunal aparecesse como uma forte variável preditiva de como eles votariam em casos referentes ao direito ao aborto, à discriminação racial e à extensão do porte de armas, por exemplo. A partir de centenas de estudos empíricos, consolidaram-se, assim, os chamados “modelos atitudinais”, de acordo com os quais as preferências político-ideológicas seriam determinantes sobre a forma como os juízes decidem. Esses modelos gozaram de grande prestígio na discussão de cientistas políticos e permitiam um olhar razoavelmente preciso sobre a dinâmica dos votos na Suprema Corte.

Os resultados, porém, revelavam-se menos promissores quando os cientistas políticos analisavam os tribunais inferiores e os juízos individuais. Aparentemente, a clivagem ideológica era menos saliente nesses casos. Além disso, uma discussão proposta no início dos anos 1990 por Richard Posner colocava em questão a visão de que juízes nada mais seriam do que grandes ideólogos, utilizando seu cargo para promover políticas de sua preferência.

Para Posner, para compreender as “motivações judiciais”, seria preciso primeiro considerar que eles são pessoas comuns e buscam, no seu trabalho, “maximizar” o mesmo que os demais profissionais. Como a remuneração judicial é fixa e prevista em lei, juízes não teriam incentivo para pautar sua atuação por melhores salários, no entanto, poderiam, valendo-se do seu trabalho, buscar melhorar a própria reputação, ganhar prestígio no meio acadêmico e intelectual, ou utilizar formas de reduzir a carga processual, desincumbindo-se mais rapidamente de suas tarefas, para gozar de tempo livre. Posner formulou, assim, uma “teoria da utilidade judicial”, bem típica do pensamento dos economistas, para dar tratamento à questão de o que motiva os juízes a decidirem num sentido ou em outro.¹³

Porém, mesmo num país como os Estados Unidos, com larga tradição de estudos nas vertentes realista e atitudinal, esse tipo de afirmação enfrenta suas resistências. Nas provocativas palavras de Frederick Schauer:

Poucos parlamentares são relutantes em falar sobre seu desejo de serem reeleitos, e poucos dos participantes de processos político-eleitorais têm vergonha em admitir suas ambições. Para um vice-governador ou procurador de Justiça, a perspectiva de se candidatar ao governo do Estado é tida como certa e amplamente discutida (...). Porém, a ambição judicial é um tópico que é raramente discutido e mais raramente ainda admitido, especialmente pelos juízes que a possuem. E para alguém que não é juiz, trazer esse assunto do autointeresse judicial à tona, na companhia de magistrados, é como falar do assunto do preparo de carnes numa convenção de vegetarianos. Juízes federais quase nunca falam publicamente (ou mesmo em privado) do seu desejo de serem promovidos a desembargadores, e desembargadores federais raramente revelam suas aspirações para a Suprema Corte. O que quer que esse silêncio possa mostrar, ele certamente indica que estudar o tópico das ambições judiciais é algo extraordinariamente difícil, e assim, acadêmicos – que por sua vez têm seus próprios incentivos e ambições – provavelmente se afastam do que parece ser uma tarefa intimidadora.¹⁴

Não obstante essa dificuldade empírica, os acadêmicos norte-americanos que estudam o sistema de Justiça atenderam ao chamado e buscaram formas de aperfeiçoar os modelos de decisão judicial. Em consequência disso, nos últimos quinze anos, uma alternativa ganhou espaço, os chamados “modelos estratégicos”. De acordo com esses modelos, as decisões judiciais são influenciadas pelos incentivos que os magistrados têm, devido a seu cargo, como satisfação no trabalho, tempo livre para o lazer, reputação e prestígio, e o prospecto de serem promovidos e a receberem melhores remunerações em tribunais superiores.¹⁵

Assim, com base nos extensos bancos de dados que contêm decisões da justiça federal norte-americana e aplicando empiricamente o paradigma estratégico, estudiosos norte-americanos têm sugerido, por exemplo, que um juiz não leva em conta apenas sua preferência político-ideológica ao decidir num determinado sentido; ele considera a chance, *a priori*, de ter sua decisão revertida em tribunais superiores, ou de ser derrotado no colegiado que integra, antes de pautar a causa.¹⁶ Os resultados também mostram que a tendência padrão de magistrados integrantes de turma é evitar a divergência, seja para não se indispor com seus colegas de trabalho, seja para evitar a tarefa de precisar redigir um longo e fundamentado voto divergente.¹⁷

Também sob influência da linha do *Law & Economics*, Nuno Garoupa e Tom Ginsburg desenvolveram uma “teoria econômica” da reputação judicial. Discutindo as estruturas de incentivos do Poder Judiciário, os autores buscam, numa perspectiva do Direito Comparado e com base em dados de dezenas de países, mostrar como o desenho institucional pode favorecer o cultivo de reputações no nível individual ou coletivo. Um juiz bem reputado pode gozar não só da estima dos pares, como também, no meio político e social, receber convites para eventos, tornar-se um autor lido e respeitado no meio acadêmico e ter sua promoção, na carreira, facilitada. Do ponto de vista coletivo, a seu turno, decisões emanadas de judiciários bem reputados parecem mais legítimas aos olhos da população, e

instituições judiciais respeitadas podem obter mais recursos do orçamento público nacional e influenciar a agenda do seu país. A reputação, assim, pode ser considerada um bem com valor social e econômico.¹⁸

Analisando a dinâmica entre os tribunais de um mesmo Poder Judiciário, os autores sugerem que, para preservarem sua reputação, cortes constitucionais precisam levar em conta duas audiências externas em suas decisões: uma audiência “política”, composta pelos outros Poderes e órgãos de governo; e uma audiência composta pela comunidade jurídica como um todo. Decisões unânimes podem parecer mais legítimas do que decisões não consensuais, e aperfeiçoar a reputação coletiva. Porém, pode ocorrer de diferentes ministros da corte constitucional se preocuparem com audiências externas distintas, de acordo com suas preferências ideológicas ou jurídicas, o que leva à fragmentação, abrindo espaço para a projeção de reputações individuais.¹⁹

Ao apresentar os modelos estratégicos de decisão judicial produzidos nos Estados Unidos, ao menos duas objeções podem ser vislumbradas: em primeiro lugar, a experiência cotidiana mostra que o conteúdo dos textos jurídicos é, ao contrário do que sugerem, muito importante para o resultado de um processo judicial; em segundo lugar, esses modelos seriam pouco úteis para compreender a realidade brasileira.

A primeira crítica já é respondida pelos próprios estudiosos dos modelos estratégicos. Estudando exaustivamente os dados disponíveis, Lee Epstein e colegas descobriram que as variáveis extrajurídicas são muito importantes para explicar o resultado de decisões da Suprema Corte, mas muito menos relevantes na segunda instância, e menos ainda na primeira. A explicação não é tão surpreendente: o desenho institucional do Poder Judiciário confere ampla discricionariedade à Suprema Corte, mas tribunais inferiores e juízes precisam seguir a jurisprudência, devem cumprir súmulas e geralmente apreciam menos casos difíceis. Como consequência disso, o grau de discricionariedade torna-se maior quanto mais elevada a instância, compreensivelmente maior é o grau de interferência de variáveis extrajurídicas.²⁰

A segunda crítica nos parece mais relevante, na medida em que o sistema de Justiça no Brasil passou a ser estudado empiricamente de forma sistemática há pouco mais de vinte anos, especialmente o Supremo Tribunal Federal, e que, após a Reforma do Judiciário, o grau de atuação desse Poder sobre as políticas públicas cresceu significativamente.²¹ Estudos empíricos recentes sugerem que, embora sustente um discurso de que é o guardião dos direitos de cidadania, reforçado por rumorosos casos recentes que trataram de questões como a união homoafetiva, a liberdade de expressão e o direito ao aborto, os números mostram que o STF atua precipuamente em questões de Direito Administrativo, na competência de entes federados e na defesa de interesses corporativos.²² Os dados também mostram que as indicações presidenciais podem ter resultados efetivos no resultado de julgamentos polêmicos pelo Supremo Tribunal Federal, como foi o caso do Mensalão.²³ Além disso, os Ministros daquela Corte possuem poderes de atuação direta no processo político e deles fazem uso

, como a possibilidade de antecipar posições na imprensa, reter processos indefinidamente por meio do pedido de vista e proferir decisões monocráticas que acabam definindo causas sem que passem pelo colegiado.²⁴ Em suma, as evidências recentes sugerem que modelos estratégicos, devidamente adaptados à nossa configuração institucional, podem produzir resultados interessantes.

Outra literatura que se debruça sobre as influências externas ao Direito na atividade judicante é composta por trabalhos recentes e cada vez mais numerosos, que partem de enfoques cognitivos e comportamentais, oriundos da Psicologia Cognitiva e Social.

Uma caricatura, difundida por muitos, como Ronald Dworkin,²⁵ é a de que o ceticismo dos proponentes do Realismo Jurídico quanto aos condicionantes jurídicos da decisão judicial significaria que o Direito dependeria essencialmente daquilo que os juízes “comeram no café da manhã”. Embora pareça absurda, essa afirmação foi objeto de estudo empírico, e, surpreendentemente, os cientistas encontraram um resultado que parece estar de acordo com ela. Analisando mais de mil decisões reais sobre concessão ou não de livramento condicional em Israel, Shai Danziger e colegas descobriram que a variável mais relevante para a soltura ou não do condenado não eram os fatos e os aspectos jurídicos do caso, ou as características pessoais do requerente, mas o horário em que as decisões eram proferidas. No início dos turnos de julgamento, a taxa de concessão de livramento era de 65% e ia gradualmente decaindo até o fim da sessão. Após a pausa para o lanche, o percentual de decisões procedentes retornava ao patamar de 65%. O provocativo estudo sugeria que o cansaço e a fome poderiam ter consequências concretas na efetivação do direito dos condenados.²⁶

Este é apenas um exemplo de uma ampla agenda de pesquisa, que parte dos modelos de julgamento e tomada de decisão consagrados nos últimos 40 anos – sintetizados no livro *“Rápido e devagar”*²⁷, de Daniel Kahneman, ganhador do prêmio Nobel por seu trabalho em Economia Comportamental – que tratam das “heurísticas” e dos “vieses”. Numa breve síntese, esses modelos partem da constatação que, longe de serem agentes racionais que pesam todos os aspectos de um caso antes de decidir como proceder, seres humanos possuem uma racionalidade limitada e tomam decisões em condições de premência de tempo, informação incompleta e recursos mentais escassos. Sendo assim, muitas decisões cotidianas são tomadas com base em palpites e intuições. Em vez de processar exaustivamente toda a informação disponível e optar pelos processos mais complexos e precisos de decisão, humanos se valem de “atalhos cognitivos”, as chamadas “heurísticas”. Em função disso, o raciocínio humano está sujeito a uma série de desvios sistemáticos em relação ao que se esperaria de uma decisão correta, objetiva e neutra – os chamados “vieses”.

Uma das constatações mais consistentes dessa literatura, reproduzida em diversos contextos diferentes, é que mesmo profissionais com alta escolaridade estão sujeitos a vieses cognitivos; e que, mesmo sendo alertados sobre sua existência, estão sujeitos a eles. Uma analogia útil para compreender a onipresença e a certa inevitabilidade dos vieses é compará-

-los a ilusões de ótica, que também derivam da organização da mente: saber que uma figura é uma ilusão não significa que o observador deixe de vê-la.

Os modelos de heurísticas e vieses parecem se aplicar à decisão judicial, na qual raciocínios automáticos e intuitivos desempenham um papel relevante. Num estudo, pesquisadores ingleses seguiram mais de trezentas decisões reais no período de 4 meses e descobriram que, em julgamentos sobre decisões de fiança, valiam-se de heurísticas, isto é, atalhos cognitivos para reduzir a complexidade do caso e acelerar o processo decisório. Em vez de considerarem a totalidade do conjunto probatório, os magistrados se atinham a uma ou duas informações salientes – a opinião da autoridade policial ou o réu ser primário ou não, por exemplo – ao decidirem se concederiam ou não a fiança.²⁸

Juízes não só decidem com heurísticas, como estão sujeitos a vieses cognitivos. Numa sequência de experimentos aplicados em centenas de juízes presentes em conferências para magistrados norte-americanos, Chris Guthrie e colegas reproduziram com eles resultados antes obtidos com amostras de pessoas comuns: apesar de “especialistas em decisão”, juízes também se valem de intuições e do “piloto automático” para analisar casos simulados. Ao avaliar se o montante devido numa indenização é justo, magistrados estão sujeitos ao efeito da “ancoragem” – se o valor pedido pelo requerente é maior, a indenização concedida também é maior, e vice-versa. Ou ainda, ao analisarem se um acidente teria resultado de negligência do trabalhador, observou-se a ocorrência do “viés da representatividade”, ou seja, a superestimação da probabilidade de ocorrência de um evento saliente, em vez de se basear num cálculo estatístico.²⁹

Testando mais diretamente a influência de fatores idealmente irrelevantes para a solução de um caso, em contraste com o direito aplicável, Spamann & Klöhn recentemente submeteram a 32 juízes norte-americanos um caso decidido pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Os magistrados tinham cerca de uma hora para refletir sobre o caso e foram divididos em quatro grupos, em que se variava, de um lado, o sentido de um precedente judicial aplicável ao caso; e, de outro, as características pessoais do requerente – que podia exibir uma postura ressentida ou conciliatória. As características pessoais do réu tiveram um impacto estatisticamente mais significativo do que a jurisprudência aplicável ao caso – o que pode até ser compreensível, mas certamente não é compatível com uma visão dos textos jurídicos como determinantes da decisão judicial.³⁰

Longe de serem exemplos isolados, esses estudos compõem uma literatura crescente, e diversas pesquisas chegam a resultados convergentes.³¹ As consequências de estudos como este para a prática judicial não podem ser subestimadas se o Poder Judiciário analisa os casos a ele submetidos atendo-se apenas a uma parcela saliente das informações, e, de forma enviesada, injustiças podem ser cometidas.

Além de se debruçarem sobre a psicologia da decisão judicial mapeando heurísticas e vieses por meio de métodos e ferramentas oriundos da Psicologia Cognitiva e Social, alguns

desses estudos se mostraram coerentes com a literatura sobre influências políticas na decisão judicial, apresentada acima.

Dan Kahan e sua equipe buscaram testar se o julgamento sobre os limites da liberdade de expressão dependeria do posicionamento político-ideológico do observador. A tarefa consistia em assistir a um mesmo vídeo, com imagens de um protesto e avaliar a atuação da polícia ao dispersá-lo. Os dizeres das faixas e dos cartazes da manifestação estavam tarjados no vídeo. Dividindo 202 pessoas em dois grupos, os pesquisadores primeiro aplicaram um questionário sobre os posicionamentos políticos dos sujeitos. Em seguida, disseram à metade deles que a manifestação era contra o aborto; e à outra metade, que se tratava de um protesto contra a discriminação direcionada à população LGBT. Conforme concordassem ou não com o conteúdo da manifestação, os participantes tendiam a ver ou não excessos na atuação da polícia ao dispersá-la, ou seja, a extensão do direito à liberdade de expressão dependia, em última análise, à concordância ou não com seu conteúdo político.³² Embora a amostra desse estudo não seja de magistrados, é de se questionar se estes não estariam sujeitos às mesmas influências ao autorizarem ou não a atuação de forças policiais em ações de reintegração de posse e de retirada de ocupantes em protestos.

Em outro resultado, Joshua Furgeson e colegas realizaram uma *survey* com 152 assessores de juízes e descobriram que o método hermenêutico adotado ao solucionar um caso está fortemente correlacionado com as preferências político-ideológicas. Conforme se identificassem como liberais ou conservadores, os assessores tendiam a utilizar uma técnica interpretativa mais extensiva e ativista, de um lado, ou mais restritiva e deferente ao legislador, de outro. Dito de outra forma, a preferência política precedia e condicionava a hermenêutica constitucional a ser adotada na justificação de uma decisão.³³

A psicologia por trás da política da decisão judicial também emerge no trabalho de Lawrence Baum sobre reputação judicial. Enquanto abordagens baseadas no enfoque econômico, como a de Nuno Garoupa e Tom Ginsburg, tratam genericamente de incentivos institucionais da busca por reputação, Baum aponta para um quadro mais complexo. Como quaisquer pessoas, juízes se preocupariam precipuamente com as opiniões dos seus pares e das pessoas que lhe são caras. Assim, a visão de familiares, amigos, colegas magistrados, do meio acadêmico em que se inserem, das corporações que integram, dos grupos de interesse que apoiam, etc., teriam um peso substancialmente maior do que a das demais pessoas. Baum sugere, assim, que é um equívoco considerar que juízes se preocupam com a opinião pública “em geral” – como qualquer ser humano, eles, na verdade, importam-se com as opiniões de pessoas de seu meio social e cultural, com quem efetivamente convivem.³⁴

Esse enfoque permite compreender como tribunais podem decidir contrariamente posições majoritárias na sociedade, mas, geralmente, não decidem contra os pontos de vista da elite jurídica ou socioeconômica de cuja maioria dos seus membros é oriunda. Além disso, permite enriquecer mesmo a análise dos enunciados discursivos de decisões judiciais

específicas. Como sugere Eileen Braman, a justificação de decisões judiciais se direciona a auditórios específicos, e é, em relação a esses grupos, relevantes para o magistrado, que a argumentação é construída; são esses os grupos que verdadeiramente constrangeriam o universo de possibilidades decisórias.³⁵

Todas essas descobertas sobre a ocorrência de influências psicológicas no processo de tomada de decisão judicial também levaram à discussão sobre as formas de reduzir ou mitigar vieses. Entre esses mecanismos, figuram desde a tentativa de conscientizar os julgadores de que estão sujeitos a limitações cognitivas, até isolá-los totalmente de decisões passíveis de influências indevidas. Não trataremos aqui das diversas possibilidades do chamado “desenviesamento”, que são objeto de diversos trabalhos específicos recentes.³⁶ Porém, destacamos que, se, por um lado, o sistema jurídico já prevê diversos mecanismos para evitar decisões influenciadas por fatores ilegítimos – como os institutos de suspeição e impedimento – por outro, os estudos indicam que eles podem ser insuficientes para corrigir inúmeras injustiças atualmente existentes.³⁷ Uma das formas de mitigar vieses seria, inclusive, a polêmica proposta de adotar ferramentas de inteligência artificial na atividade judicante. Com o avanço das novas tecnologias sobre empregos caracterizados pela atividade intelectual, essa é uma discussão que já é realidade.³⁸

Diante dos estudos apresentados, sugerimos uma provocação: se já se sabe tanto sobre os aspectos extrajurídicos da decisão judicial, por que se devota tanta atenção a teorias exclusivamente voltadas para o contexto da justificação?

Ao nosso ver, a melhor forma de encaixar esses achados recentes da literatura empírica sobre decisão judicial é acoplar, a uma visão realista da decisão judicial, as influências e constrangimentos extrajurídicos, descrevendo o direito como uma arena decisória em que atores podem agir estrategicamente.³⁹ Nesse sentido, é preciso revisitar a distinção tradicional entre processos de descoberta e o contexto da justificação. Para tanto, iniciaremos pelas teorias psicológicas recentes que buscam descrever como se articulam raciocínio e justificação.

3 A PSICOLOGIA DA JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO: ARTICULANDO DESCOBERTA E JUSTIFICAÇÃO

A literatura sobre julgamento e tomada de decisão revisada na seção anterior não desconsidera o fato de que, mesmo que as pessoas tomem decisões por motivos irracionais, influenciadas por vieses, ou preferências pessoais, ou emoções, elas, ainda assim, precisam justificar suas escolhas. Seres humanos são animais sociais, que não vivem isoladamente. Pelo contrário, a satisfação e a autoestima pessoal estão sempre intimamente ligadas às relações com os pares e à inserção social do sujeito. Os marcos teóricos que buscam explicar como os processos intuitivos e deliberativos interagem se preocupam em explicar como as pessoas justificam a si próprias e às outras suas decisões.

No fim dos anos 1970, foi realizado um estudo clássico sobre as opiniões acerca do polêmico tema da pena de morte. Os pesquisadores pediram a 151 estudantes que avaliassem a qualidade metodológica de dois estudos sobre o efeito da pena de morte sobre a prevenção de crimes. A metodologia de ambos era semelhante, mas a qualidade atribuída pelos sujeitos a cada estudo dependia da convicção prévia que eles tinham sobre o tema. Se apoiavam a pena de morte, os resultados empíricos sobre a inexistência de efeito preventivo dessa punição eram postos em dúvida; todavia, se os sujeitos eram contra a pena de morte, desconfiavam dos resultados que apontavam em sentido contrário. Além disso, a assimilação enviesada da informação levava a uma maior polarização – os oponentes da pena de morte ficavam ainda mais convencidos de sua posição inicial, mesmo tendo visto provas em contrário; o mesmo ocorrendo com os defensores, quando confrontados com estudos que contradiziam suas convicções.⁴⁰ Como explicar esses resultados? Por que estamos todos sujeitos, ainda que inconscientemente, a esses vieses?

A chamada “dissonância cognitiva” é um dos fenômenos estudados há mais tempo, sendo mencionado em praticamente todos os manuais introdutórios de Psicologia. Formulado por Leon Festinger no fim dos anos 1950, o modelo propõe que as pessoas buscam o “conforto cognitivo” e se sentem desconfortáveis quando encontram informações que contradizem suas crenças. O estado de “dissonância” entre informações conflitantes precisa ser superado. Para tanto, a mente tenta reduzir a inconsistência, o que geralmente envolve recusar a informação nova que conflita com a crença sedimentada. O mecanismo psicológico da redução da dissonância cognitiva, assim, é o de influência da “motivação” (reduzir a inconsistência) sobre a “cognição” (o processamento de informação).⁴¹

Próximo do fenômeno da dissonância cognitiva é o do “viés de confirmação”, que se refere à tendência, encontrada em diversos contextos experimentais, que os sujeitos têm de buscar ativamente informações que estejam em consonância com suas crenças preconcebidas, e de se sentirem satisfeitos em confirmá-las, ao passo que atribuem pouco peso e evitam se deparar com informações incoerentes com essas mesmas concepções. Ou seja, as pessoas tendem a buscar não algo como a “verdade”, mas informações que confirmem o que já pensam, e as ajudem a manter as próprias convicções.⁴²

Ora, se, do ponto de vista do raciocínio, os seres humanos “enxergam o que desejam ver”⁴³, como é possível que exista debate, e que as pessoas sejam persuadidas a mudar de opinião? O raciocínio é sempre dependente e guiado por motivações e preferências subjacentes? Ora, não é raro que as pessoas abandonem convicções, por mais firmes que sejam, diante de provas em contrário.

Para dar conta desses fenômenos, Ziva Kunda propôs a teoria do “Raciocínio Motivado”. Para Kunda, as pessoas podem ter motivações diferentes ao lidarem com um problema, ou ao raciocinarem sobre como solucionar uma questão. A motivação pode ser, conforme o caso, a de buscar uma resposta mais acurada; ou, em vez disso, a de chegar numa conclusão

específica, coerente com suas preferências. Em alguns contextos, as pessoas estão dispostas a se engajar em um raciocínio deliberado e trabalhoso, admitindo provas em contrário do que pensam, mas elas se dão esse trabalho apenas caso seja efetivamente relevante para si encontrar a melhor solução.

Contudo, caso o tomador de decisão, ao analisar informações que tem diante de si, deseje chegar a um resultado que confirme sua crença, fará a tentativa de construir uma justificativa, convincente primeiro a si próprio, e passível de persuadir terceiros. Assim, a pessoa, mesmo agindo sob a influência de um claro viés motivacional, mantém a “ilusão de objetividade” do seu próprio raciocínio. Quanto mais for competente em construir justificativas, mais estará sujeito a acreditar nas suas próprias conclusões – ou, dito de outra forma, “as pessoas vão acreditar no que elas quiserem apenas na medida em que sua razão permita.”⁴⁴

Uma das consequências práticas da teoria do Raciocínio Motivado é de que é possível influenciar os tomadores de decisão a adotarem a motivação por uma resposta mais precisa, em vez de uma resposta que confirme suas preconcepções – o que seria um possível caminho para reduzir a influência de vieses. Porém, o mais relevante para a presente discussão é que o modelo de Ziva Kunda incorpora ao “processo da descoberta” (a busca por informações para formar a própria convicção) o “processo da justificação”: caso a motivação do raciocínio seja a de confirmar as próprias crenças, o indivíduo sente a necessidade de construir uma narrativa coerente e defensável do que acredita.

Uma segunda proposta, que igualmente articula a questão das intuições e da necessidade de justificá-las, é o modelo “social-intuicionista” de Jonathan Haidt, estudioso da Psicologia Moral. De acordo com esse modelo, as intuições precedem as justificativas; porém, uma vez que o tomador de decisão tem uma intuição sobre a resposta correta, trata de avaliá-la e de buscar razões que a justifiquem. Nesse processo, as opiniões dos seus pares importam: caso seja incapaz de justificar sua escolha perante os demais, o sujeito pode revisá-la. O processo social de justificação das decisões é, assim, um constrangimento para o processo de descoberta. Haidt utiliza a analogia de um porta-voz de uma organização: o presidente toma decisões, por motivos legítimos ou escusos; razoáveis, ou equivocados – não importa. A função do porta-voz é, mesmo sem ter acesso aos reais motivos da decisão, encontrar os argumentos mais persuasivos possíveis para apresentá-la ao público. Em suma, o raciocínio é, também, condicionado pelas intuições e justificativas disseminadas e defendidas no círculo social do tomador de decisão.⁴⁵

Noel Struchiner e Marcelo Brando sugerem que, ao menos nos “casos difíceis”, o modelo social-intuicionista do raciocínio moral de Haidt permite descrever o que ocorre na mente do juiz:

Tomando-se a descrição do processo de julgamento moral sugerido pelo modelo sócio-intuicionista, é possível formular a hipótese de que as decisões judiciais nesses casos são tomadas da seguinte forma: ao se depararem com os elementos

de uma demanda moralmente carregada, os juízes veriam surgir na consciência, ou na margem da consciência, um sentimento avaliativo sobre o caso como um todo, sem qualquer consciência de se ter passado pelas etapas de busca e balanceamento de evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão. Esse flash de intuição causaria a experiência na consciência de uma condenação ou condecoração de uma das partes incluindo uma crença na correção ou incorreção da decisão. Esse é o julgamento moral. Tudo acontece de maneira rápida e automática, precedendo à consulta dos materiais jurídicos. (...) Uma vez tomada a decisão, o juiz sabe que não pode justificá-la para seus pares ou para a comunidade afirmando que um flash intuitivo e inconsciente o levou a tomar a decisão a favor ou contra as partes. A Constituição brasileira exige que o juiz apresente fundamentação construída a partir de materiais jurídicos existentes (art. 93, inciso IX). Portanto, a partir do momento em que o juiz ganha consciência da decisão moral e crê na sua correção, ele se vê diante da necessidade de justificá-la. O segundo elo do modelo sócio-intuicionista sugere que os realistas jurídicos também neste ponto estavam certos: os materiais jurídicos aparecem nas sentenças como parte de racionalizações *post hoc* de decisões tomadas com base em outros elementos.⁴⁶

Por fim, a formulação teórica que recentemente mais tem ganhado atenção é a “Teoria Argumentativa do Raciocínio”, formulada por Hugo Mercier e Dan Sperber. Os autores propõem que, em vez de pensarmos que a argumentação advém do raciocínio, devemos encarar a principal função do raciocínio como argumentativa, isto é, os seres humanos raciocinam sobre problemas por meio da necessidade da produção de justificativas. Encontrando bons argumentos para defender seu ponto de vista, as pessoas não se dão ao trabalho de se engajar em exaustivos raciocínios deliberativos, porém, caso precisem justificar seu ponto de vista diante de uma audiência, isso as obriga a refletir mais e a produzir melhores argumentos. Em caso de discordâncias de opinião, as pessoas tendem a ser muito vigilantes em relação a argumentos contrários aos seus, buscando contestá-los – e, caso não encontrem argumentos suficientes em defesa de sua posição, e tenham motivos para ter credibilidade no interlocutor, podem mudar de ideia. Assim, discussões de grupo podem ser efetivas quando os seus membros estiverem efetivamente engajados em encontrar a resposta correta para um problema. A Teoria Argumentativa do Raciocínio integra em um só marco teórico os achados da literatura psicológica recente e ajuda a explicar diversos vieses no raciocínio, como a dissonância cognitiva, o viés de confirmação e o raciocínio motivado.⁴⁷ E, do ponto de vista da presente discussão, sugere que a existência de contextos de justificação mais exigentes pode levar a processos de descoberta mais rigorosos e menos enviesados.

Diante disso, a descrição que emerge da mecânica entre, de um lado, a produção de justificações para a decisão; e, de outro, os processos de descoberta, mesmo quando intuitivos ou enviesados, é a de que a argumentação pode servir de constrangimento ao raciocínio. Quanto menos exigentes os interlocutores ou os auditórios, menos incentivos o sujeito tem para tomar uma decisão cuidadosa. As teorias psicológicas da decisão, assim, mesmo quando evidenciam as “irracionalidades” e influências exógenas no processo de

tomada de decisão, indicam que há constrangimentos que podem direcioná-lo rumo aos parâmetros esperados.

4 DAS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO À TEORIA DA DECISÃO

A objeção mais comum a abordagens realistas da decisão judicial é que elas abririam espaço para o decisionismo e o arbítrio, considerando como válidas ou aceitáveis quaisquer decisões, uma vez que não haveria um parâmetro “racional” de aceitabilidade e adequação dessas respostas. Essa acusação, porém, não procede, especialmente tendo em vista os modelos discutidos, em que os aspectos cognitivos ou intuitivos do processo de decisão não estão dissociados da justificação argumentativo-discursiva.

Um dos primeiros aspectos que precisam ser esclarecidos para que uma teoria da decisão mais abrangente seja formulada é a inutilidade de uma oposição rígida entre essas duas dimensões. Brian Tamanaha critica as divisões entre um “legalismo” segundo o qual a decisão é uma questão estritamente jurídica, e uma visão “realista” segundo a qual fatores sociais, psicológicos e políticos são os únicos determinantes. Em vez disso, propõe um “realismo balanceado”, que combine:

Por um lado, à consciência das falhas, limitações e da abertura do Direito, a consciência de que juízes às vezes fazem escolhas, que podem manipular regras e precedentes jurisprudenciais, que às vezes são influenciados por visões políticas e morais e por seus vieses pessoais (aspecto cético). Por outro lado, um ceticismo que compreende que regras jurídicas funcionam apesar disso; que juízes cumprem e aplicam o Direito; que há fatores práticos, sociais e institucionais que constroem os juízes; e que juízes proferem decisões geralmente previsíveis, coerentes com o Direito (aspecto guiado pelas regras)⁴⁸.

Em sentido semelhante, Bruce Anderson nos convida a deixar de lado as oposições excludentes entre os processos de descoberta e justificação da decisão judicial:

Descrições do raciocínio jurídico nem sempre foram dominados por análises restritas à justificação. Juristas nem sempre presumiram haver uma divisão “rígida” entre descoberta e justificação. E nem sempre sustentaram que o “verdadeiro” processo que leva um juiz a uma decisão é desimportante, arbitrário ou irracional, ou ainda que não poderia ou deveria ser estudado pelos juristas. Para expoentes do Realismo Jurídico Americano (...), o processo de julgamento incluía tanto a operação mental de pensar (descobrir e testar soluções possíveis para um caso), quanto as exposições orais ou escritas que expõem seu resultado. Contrastando com os debates contemporâneos, na opinião desses realistas, as atividades mentais que precedem a exposição ou justificação de uma decisão são uma parte significativa dela. Embora destacassem o caráter não-lógico e não-racional das intuições judiciais, estas não eram apresentadas como atos arbitrários ou irracionais de descoberta ou invenção.⁴⁹

Nesse sentido, Luiz Silveira propõe que se abandone a visão simplista da decisão judicial segundo a qual um momento de descoberta seja seguido por justificações *a posteriori*. Na sua proposta, descoberta e justificação da decisão judicial se articulam de forma dinâmica. Ao deparar com um caso, inicia-se o processo de descoberta do magistrado, em que intuições podem ter um papel importante. Porém, o processo de descoberta inclui a necessidade de justificação: o juiz precisa primeiro convencer a si mesmo de que a escolha que intuiu faz sentido. Para tanto, reúne argumentos que articulem juízos de valor que permitem defender sua escolha como jurídica, justa ou razoável. Por sua vez, ao reunir essas razões, o processo de descoberta é enriquecido, na medida em que a resposta inicialmente contemplada pode ser reforçada – ou abandonada, caso não seja suficientemente convincente. Assim, mesmo que um *insight* seja potencialmente irracional, ou enviesado, o processo de descoberta inclui um processo consciente de avaliação de razões e argumentos que o retroalimenta.⁵⁰ Como se pode observar, essa proposta para a compreensão da decisão judicial está em sintonia com as teorias psicológicas da justificação analisadas na seção anterior.

Assim, adotar uma teoria da interpretação que leve em conta os elementos psicológicos envolvidos no processo decisório não significa ceder a aspectos “irracionais”, imprevisíveis ou insondáveis da mente judicial. Pelo contrário, significa levar em conta uma gama de fatores que vinha sendo deixada de lado nos debates jurídico-filosóficos, analisando não só a força dos argumentos por si, mas também as audiências a que se referem, ou, ainda, os possíveis ganhos estratégicos ou reputacionais para o magistrado que os profere diante de públicos específicos, por um lado, e o ônus de sustentar decisões que contrariem setores relevantes para ele, por outro. Assim, justificação e descoberta são duas faces da mesma moeda, e a separação desses dois elementos é tão artificial e improdutiva quanto a desacreditada distinção entre *interpretação* e *aplicação* do Direito. Com isso, permite-se deslocar a discussão, hoje concentrada apenas nos métodos mais ou menos adequados para a justificação “racional” de uma decisão, e, sem retirar a importância dispensada à esfera discursiva, incorporar a ela o caráter inevitavelmente político-estratégico da atividade judicante.⁵¹

5 CONCLUSÃO

Com base em um panorama das pesquisas empíricas sobre a decisão judicial, bem como nas teorias mais recentes sobre como a justificação argumentativa se articula com fins estratégicos no contexto social, buscamos mostrar que a oposição entre processos de descoberta e o contexto de justificação das decisões judiciais precisa ser superada.

Os estudos revisados sugerem que uma descrição do processo de tomada de decisão judicial deve levar em conta as influências extrajurídicas, que incluem as limitações cognitivas, as intuições, as preferências estratégicas e os auditórios específicos a que se dirige o magistrado. Quanto maior a margem de discricionariedade, maior a influência desses fatores. Assim, especialmente nos chamados “casos difíceis”, em casos moralmente carregados, ou em julgamentos que envolvam o autointeresse dos próprios magistrados, ou suas preferências

político-ideológicas, os fatores extrajurídicos devem ser levados em conta como influências que, sem a contraposição de constrangimentos institucionais e estratégicos dos demais atores envolvidos, podem ser determinantes no resultado da lide.

Contudo, os estudos também mostram que a justificação pode atuar como um constrangimento, na medida em que retroalimenta o processo de descoberta. Essa descrição sugere que se os interlocutores relevantes para o magistrado são mais exigentes e potencialmente discordam de sua opinião, o ônus decisório é maior, o que pode levar a decisões mais refletidas. Observa-se, assim, que, longe de trazer um mero ceticismo quanto ao valor da argumentação jurídica, uma perspectiva realista da interpretação permite vislumbrar que, em certos casos, a necessidade de justificação pode valer como um constrangimento estratégico na arena decisória.

Essa abordagem permite, assim, a elaboração de análises que escapam às teorias exclusivamente focadas sobre o contexto da justificação. De um lado, a dos casos fáceis ou corriqueiros, em que os juízes, premidos pelo volume de trabalho, efetivamente se valem de heurísticas para simplificar a análise processual, e não de uma análise abrangente dos fatos e textos jurídicos; de outro, a dos casos difíceis, em que não é a escolha do método hermenêutico que condiciona a decisão política, mas muito provavelmente o inverso o que ocorre.

Apontamos, por fim, que, contrariamente a teses correntes na discussão contemporânea, adotar uma teoria realista da interpretação não significa ceder espaço ao decisionismo, nem tampouco desconsiderar a força dos argumentos empregados na defesa de teses jurídicas. Pelo contrário, uma perspectiva realista permite que elementos estratégicos, reputacionais e psicológicos sejam igualmente analisados, em íntima relação com a produção discursiva, o que permite que se vislumbre a formulação de uma teoria integrada da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Bruce. **“Discovery” in legal decision-making**. London: Kluwer Academic Publishers, 1996.

ARAÚJO, Mateus Morais. **Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal**. 2017. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BENFORADO, Adam. **Unfair: the new science of criminal injustice**. New York: Crown Publishers, 2015.

- BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/13ktUk>>. Acesso em: 31 mar. 2017.
- BRAMAN, Eileen. Searching for constraint in legal decision making. In: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. **The psychology of judicial decision making**. London: Oxford University Press, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- COSTA, Alexandre A. Judiciário e interpretação: entre política e direito. **Pensar (UNIFOR)**, Fortaleza, v. 18.1, p. 41-43, 2013.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.
- DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES JUNIOR, Osmar P. Power, Composition, and decision making: the behavioral consequences of institutional reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 31, n. 3, p. 534-567, 2014.
- DHAMI, Mandeep K. Psychological models of professional decision making. **Psychological Science**, United States, v. 14, n. 2, p. 175-180, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Reconsidering judicial preferences. **Annual Review of Political Science**, United States, v. 16, p. 11-31, 2013.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- FURGESON, Joshua R.; BABCOCK, Linda; SHANE, Peter M. Behind the mask of method: political orientation and constitutional interpretive preferences. **Law and Human Behavior**, United States, v. 32, p. 502-510, 2008.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: Chicago University Press, 2015.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Review**, United States, v. 93, p. 1-44, 2007.

Haidt, Jonathan. Moral Psychology and the law: how intuitions drive reasoning, judgment and the search for evidence. **Alabama Law Review**, United States, v. 64, n. 4, p. 867-880, 2012.

HARMON-JONES, Eddie; HARMON-JONES, Cindy. cognitive dissonance theory after 50 years of development. **Zeitschrift für Sozialpsychologie**, v. 38, n. 1, p. 7-16, 2007.

HESPANHA, António M. **Panorama histórico da cultura jurídica Européia**. Mem Martins: Europa-América, 1997.

HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. **Revista Eletrônica Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, p. 151-193, 2016.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 1, p. 199-242, 2006.

KAHAN, Dan M. et al. They saw a protest: cognitive illiberalism and the speech-conduct distinction. **Stanford Law Review**, United States, v. 64, n. 4, p. 851-906, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KLEINBERG, Jon et al. Human decisions and machine predictions. **NBER Working Paper n. 23180**. 2017. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w23180>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

KUNDA, Ziva. The case for motivated reasoning. **Psychological Buletin**, v. 108, n. 3, p. 480-498, 1990.

LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased Assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. **Journal of Personality and Social Psychology**, United States, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MERCIER, Hugo. The argumentative theory: predictions and empirical evidence. **Trends in Cognitive Sciences**, United Kingdom, v. 20, n. 9, p. 689-700, Sept. 2016.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. Why do humans reason? arguments for an argumentative theory. **Behavioral and Brain Sciences**, United Kingdom, v. 34, p. 57-111, 2011.

MOLDEN, Daniel C.; HIGGINS, E. Tory. Motivated thinking. In: HOLYOAK, Keith J.;

MORRISON, Robert G. **The oxford handbook of thinking and reasoning**. New York: Oxford University Press, 2012.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many Guises. **Review of General Psychology**, United States, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Biasing, debiasing and the law. In: TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. **Behavioral economics and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

POSNER, Richard A. What do judges and justices maximize? the same things everyone else does. **Supreme Court Economic Review**, v. 3, p. 1-41, 1993.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora GV, 2013.

SCHAUER, Frederick. Incentives, Reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior. **University of Cincinnati Law Review**, United States, v. 68, p. 615-636, 2000.

SILVEIRA, Luiz Fernando Castilhos. Discovery and justification of judicial decisions: towards more precise distinctions in legal decision-making. **Recht en Methode in onderzoek en onderwijs**, v. 2014-9, 2014.

SPAMANN, Holger; KLÖHN, Lars. Justice is less blind, and less legalistic, than we thought: evidence from an experiment with real judges. **The Journal of Legal Studies**, v. 45, n. 2, p. 255-280, 2016.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo S. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014.

SUNSTEIN, Cass et al. **Are judges political?** an empirical analysis of the federal judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. Judicial decision-making: a behavioral perspective. In: TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. **Behavioral economics and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

1 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Brasília: UnB, 1992. Livro V.

2 COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 21-26.

3 COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 54-71.

- 4 HESPANHA, António M. **Panorama histórico da cultura jurídica Européia**. Mem Martins: Europa-América, 1997. p. 177.
- 5 COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 87.
- 6 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366-371.
- 7 COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 341-359.
- 8 PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 137.
- 9 CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 176.
- 10 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 19-20.
- 11 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Reconsidering judicial preferences. **Annual Review of Political Science**, United States, v. 16, p. 11-31, 2013. p. 14.
- 12 TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010. p.111-121.
- 13 POSNER, Richard A. What do judges and justices maximize? the same things everyone else does. **Supreme Court Economic Review**, v. 3, p. 1-41, 1993. p. 3-21.
- 14 SCHAUER, Frederick. Incentives, Reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior. **University of Cincinnati Law Review**, United States, v. 68, p. 615-636, 2000. p. 623. Tradução livre.
- 15 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Reconsidering judicial preferences. **Annual Review of Political Science**, v. 16. p. 15-26, 2013. Ver também: POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- 16 EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 65-89. Ver também: SUNSTEIN, Cass et al. **Are judges political? an empirical analysis of the federal judiciary**. Washington: Brookings Institution Press, 2006.
- 17 EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 126-136.
- 18 GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: Chicago University Press, 2015. p. 19.
- 19 GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: Chicago University Press, 2015. p. 147-148. A prática de valorizar os votos individuais de magistrados, em detrimento da redação de votos coletivos, os quais contemplam a maioria formada no colegiado é um traço da forma como decidem as cortes superiores brasileiras, notadamente o STF, como mostrou José Rodrigo Rodriguez. Utilizando o modelo de Garoupa & Ginsburg, pode-se sugerir que, em detrimento da inteligibilidade da jurisprudência, esse modelo favorece a reputação individual dos Ministros. Vide RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora GV, 2013.
- 20 EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 154-199; 235-241; 385-395.
- 21 DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES JUNIOR, Osmar P. Power, Composition, and decision making: the behavioral consequences of institutional reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 31, n. 3, p. 534-567, 2014.
- 22 BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. 2013. (Relatório de pesquisa).
- 23 ARAÚJO, Mateus Morais. **Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal**. 2017. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.
- 24 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.
- 25 "Alguns realistas exprimiram essas ideias em uma linguagem profundamente cética. Afirmaram que o direito não existe, diziam, ou o direito não passa da previsão do que farão os tribunais, ou é apenas uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã". DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 45.

- 26 DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.
- 27 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- 28 DHAMI, Mandeep K. Psychological models of professional decision making. **Psychological Science**, United States, v. 14, n. 2, p. 175-180, 2003.
- 29 GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Review**, United States, v. 93, p. 1-44, 2007.
- 30 SPAMANN, Holger; KLÖHN, Lars. Justice is less blind, and less legalistic, than we thought: evidence from an experiment with real judges. **The Journal of Legal Studies**, v. 45, n. 2, p. 255-280, 2016.
- 31 Para uma revisão dos estudos sobre heurísticas e vieses no contexto judicial, vide TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. Judicial decision-making: a behavioral perspective. In: TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. **Behavioral economics and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- 32 KAHAN, Dan M. et al. They saw a protest: cognitive illiberalism and the speech-conduct distinction. **Stanford Law Review**, United States, v. 64, n. 4, p. 851-906, 2012.
- 33 FURGESON, Joshua R.; BABCOCK, Linda; SHANE, Peter M. Behind the mask of method: political orientation and constitutional interpretive preferences. **Law and Human Behavior**, United States, v. 32, p. 502-510, 2008.
- 34 BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- 35 BRAMAN, Eileen. Searching for constraint in legal decision making. In: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. **The psychology of judicial decision making**. London: Oxford University Press, 2010.
- 36 JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 1, p. 199-242, 2006. Para um texto mais recente, incorporando vários trabalhos publicados nos últimos anos, vide PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Biasing, debiasing and the law. In: TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. **Behavioral economics and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2014. Para uma perspectiva do sistema de Justiça brasileiro, vide COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- 37 Esse é um argumento tratado de forma especialmente enfática em BENFORADO, Adam. **Unfair**: the new science of criminal injustice. New York: Crown Publishers, 2015.
- 38 Vide KLEINBERG, Jon et al. Human decisions and machine predictions. **NBER Working Paper n. 23180**. 2017. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w23180>>.
- 39 Vide HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. **Revista Eletrônica Direito e Liberdade**, v. 18, p. 151-193, 2016.
- 40 LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased Assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. **Journal of Personality and Social Psychology**, United States, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979.
- 41 HARMON-JONES, Eddie; HARMON-JONES, Cindy. cognitive dissonance theory after 50 years of development. **Zeitschrift für Sozialpsychologie**, v. 38, n. 1, p. 7-16, 2007. p. 7-9.
- 42 NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many Guises. **Review of General Psychology**, United States, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.
- 43 Para uma revisão recente dessa literatura, vide MOLDEN, Daniel C.; HIGGINS, E. Tory. Motivated thinking. In: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The oxford handbook of thinking and reasoning**. New York: Oxford University Press, 2012.
- 44 KUNDA, Ziva. The case for motivated reasoning. **Psychological Buletin**, v. 108, n. 3, p. 480-498, 1990. p. 483.
- 45 HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the law: how intuitions drive reasoning, judgment and the search for evidence. **Alabama Law Review**, United States, v. 64, n. 4, p. 867-880, 2012.
- 46 STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo S. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. **Novas fronteiras da teoria do direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014. p. 199-200.
- 47 MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. why do humans reason? arguments for an argumentative theory. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 34, p. 72, 2011. MERCIER, Hugo. The argumentative theory: predictions and empirical evidence. **Trends in Cognitive Sciences**, United Kingdom, v. 20, n. 9, p. 689-700, Sept. 2016.

- 48 TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010.p. 6. Tradução livre.
- 49 ANDERSON, Bruce. **“Discovery” in legal decision-making**. London: Kluwer Academic Publishers, 1996. p. 2
- 50 SILVEIRA, Luiz Fernando Castilhos. Discovery and justification of judicial decisions: towards more precise distinctions in legal decision-making. **Recht en Methode in onderzoek en onderwijs**, v. 2014-9, 2014.
- 51 COSTA, Alexandre A. Judiciário e interpretação: entre política e direito. **Pensar (UNIFOR)**, Fortaleza, v. 18.1, p. 41-43, 2013.

FROM INTERPRETATION THEORIES TO DECISION THEORY: ON A REALISTIC PERSPECTIVE ABOUT INFLUENCES AND CONSTRAINTS IN JUDICIAL DECISION-MAKING

ABSTRACT

The idea that it is possible to develop an interpretative method that leads to right answers is still paramount in contemporary jurisprudence, especially in the Theory of Legal Argumentation. As a result, judicial behavior is relegated to a secondary role in the development of traditional theories. Descriptive research in this subject is often inspired by Legal Realism, which took determined the need for an Empirical Science of Law to be practiced, capable of explaining the role of political-ideological and personal preferences, among others, in judicial decision-making. In the present article, we claim that a realistic theory of interpretation, that treats Law as a decision arena, allows for a Theory of Decision-Making which integrates not only discourse, but also strategic, social and reputational factors. To this end, we present various empirical studies, from Cognitive and Social Psychology, Political Science and Behavioral Economics, that investigate how extraneous factors influence and constrain judicial decision-making. Moreover, we draw upon recent theories on how human reasoning relates to the production of justifications to argue that, in light of a Theory of Judicial Decision-Making, the opposition between “discovery” and “justification” should be abandoned.

Keywords: Judicial decision-making. Theory of Legal Argumentation. Discovery in decision-making. Extraneous factors in judicial decisions. Realism in legal interpretation.

Submetido: 31 mar. 2017

Aprovado: 31 maio 2017

UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO¹

Friedrich Müller*

1 Sobre o conceito. 2 Origem histórica. 2.1 Direito racional. 2.2 Positivismo. 2.3 Crítica histórica. 3 Nexos com a proibição da negação do direito. 4 Crítica da unidade do ordenamento jurídico como crítica do positivismo. 5 Unidade da constituição. 5.1 Sobre o conceito. 5.2 Origem histórica. 5.3 Práxis dos tribunais. 5.4 Crítica pela teoria estruturante do direito. 6 Conclusões. Referências.

RESUMO

Uma expressão que encerra múltiplas atividades, a Unidade do ordenamento jurídico é tomada como uma característica ou axioma ou postulado do Direito. Filha do Direito Natural de tradução racionalista, foi adotada pelo Direito Positivo. No que toca a unidade como um todo e enquanto unidade da Constituição, a análise apresentada é conduzida sob os aspectos racionais, históricos e positivistas, assim como sob a orientação da teoria estruturante do Direito. A conclusão é que a Unidade do ordenamento jurídico – como um dado ou uma meta inspiradora da prática jurídica – é ilusória.

Palavras-chave: Unidade. Ordenamento jurídico. Constituição. Teoria estruturante do Direito. Ilusão.

1 SOBRE O CONCEITO

Compreende-se por “unidade” do ordenamento jurídico, e.g. uma qualidade do sistema científico referido ao Direito Positivo, mas também uma qualidade da abordagem analítica e da sua referência, i. e., uma unidade do conhecimento científico. A “unidade” do Direito pode ser introduzida como axioma bem como postulado do trabalho jurídico. Entretanto, ela se transmuda não apenas de acordo com a localização, mas também de uma disciplina para outra, assim entre o Direito Público e o Direito das Gentes, o Direito Internacional

1 Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. Publicado em: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 101 ss.

* Friedrich Müller nasceu em 1938. Estudou Direito e Filosofia em Erlangen-Nurembergue e Friburgo-em-Brigau (Alemanha). Em 1964, doutorou-se em Direito pela universidade de Friburgo-em-Brigau e, em 1968, obteve o título de livre-docente e a licença para assumir cátedras nas áreas de Direito do Estado, Direito Administrativo, Direito Eclesiástico, Filosofia do Direito e do Estado, bem como Teoria do Direito. De 1968 a 1971, lecionou na Universidade de Friburgo-em-Brigau. Em 1971, assumiu uma cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelbergue, onde coordenou o Núcleo de Direito Público de 1973 a 1975. A partir de 1975, e novamente a partir de 1979, foi diretor daquela Faculdade de Direito. Desde 1989, vem-se destacando nas áreas de pesquisa e de publicações científicas. Também tem atuado como professor-visitante e pesquisador em diversas universidades estrangeiras, sobretudo na África do Sul e no Brasil. Além de sua carreira jurídica Friedrich Müller também se destaca como literato (poesia e prosa), tradutor e cineasta. E-mail: <mullerfedja@arcor.de>.

Privado, o Direito Penal e o Direito Civil. Na sua mistura com outras variantes de significado o argumento revela ser usado de modo muito inseguro.

2 ORIGEM HISTÓRICA

2.1 DIREITO RACIONAL

A expressão multívoca da unidade do ordenamento jurídico é filha do Direito Racional da tradição racionalista, tendo sido adotada mais tarde pelo *positivismo*. O *jusnaturalismo* de data mais recente bem como o positivismo procedem axiomáticamente, querem construir um sistema rigoroso do conhecimento exato e carecem do raciocínio codificante: o legislador regulamentou em abordagem autoritária tudo o que merece ser regulamentado; fora das suas instruções só se pode conceber o “espaço vazio de direito” [“rechtsleerer Raum”]. Considera-se “coerente” [“geschlossen”] o Direito sistematizado e formalizado, monopolizado e, burocratizado pelo Estado institucionalizado continental da Europa moderna. Todo o comportamento humano deverá ser normatizável, antecipável por meio de normas. Ao ordenamento jurídico enquanto engrenagem jurídica [Rechtsbetrieb] corresponde à imagem da “unidade” do estoque de normas. A doerência enquanto integralidade bem como enquanto isenção de contradições internas foi o pressuposto ingênuo da ideia da legislação abrangente, do otimismo social da época do Direito Racional, sem com isso chegar a ser um programa da ciência e prática jurídicas.

2.2 POSITIVISMO

Somente a ciência das pandectas e o positivismo legalista exageraram esse enfoque na direção da pretensão de poder operar a ciência jurídica como sistema conceitual coerente, de poder derivar decisões por via da lógica a partir do sistema, do conceito e da doutrina [Lehrsatz] e de poder solucionar casos jurídicos por meio da subsunção silogística. Os conceitos jurídicos parecem oferecer um *numerus clausus* de axiomas. Não mais o próprio ordenamento jurídico, mas o sistema conceitual de uma ciência jurídica purista deve estar definido necessariamente por “unidade”. A realidade é reprimida da área de atuação do trabalho jurídico. O positivismo pergunta como a ciência jurídica se poderia tornar autônoma, como ela poderia proceder “de modo puramente jurídico”. O fato de essa orientação prévia constituir um fator político já foi percebido pelo positivismo dos *Gründerjahre** (v. Gerber).¹ A aparente coerência e não contraditoriedade do direito dogmaticamente formalizado, a sua “força de expansão lógica” (Bergbohm)², a capacidade dos conceitos jurídicos de “copular” e “gerar novos [conceitos]” (assim o novem Ihering) não traem apenas a fé na inimpugnabilidade da lógica jurídica, mas também uma política científica bem definida.

2.3 CRÍTICA HISTÓRICA

Por volta da última virada do século essa doutrina dominante foi contestada. Falava-se, então, do “dogma errôneo da coerência do sistema jurídico” (Georg Jellinek³, similarmente Erich Jung).⁴ A doutrina da Escola do Direito Livre, a *jurisprudência de interesses* e o debate em torno das orientações do Direito Público na década de 1920 tornou patente o fracasso da tese cripto-jusnaturalista da unidade. Em frente ampla, os autores da bibliografia jurídica especializada bandearam-se para o campo das metáforas de “sistemas” jurídicos, abertos, fragmentários, não axiomáticos, não dedutíveis, de sistemas ditos móveis. Os problemas reconhecíveis na práxis cotidiana do trabalho jurídico passaram a assumir a liderança, relegando a um segundo plano a fé no sistema e na unidade.

3 NEXO COM A PROIBIÇÃO DA NEGAÇÃO DO DIREITO

Para o positivismo o Direito deve, para poder ser “aplicável” logicamente, ser pressuposto não apenas como isento de contradições, mas também como isento de lacunas. Tal estado tinha sido a meta das codificações do Direito Racional, há muito abandonada. A ciência das pandectas e o positivismo fizeram com que o postulado se deslocasse para a ausência de lacunas, não do sistema de normas, mas do sistema de conceitos. Essa metafísica duvidosa de um jusnaturalismo burguês dos *Gründerjahre* desempenhava também uma função política de primeira ordem. O debate em torno do assim chamado direito jurisprudencial procurou aqui a sua localização, desde a Escola do Direito Livre. Deve-se registrar aqui que a proibição da negação do Direito das sociedades modernas não necessita da ausência de lacunas enquanto correlato, conforme foi afirmado, pois deve-se distinguir, por um lado, entre o estoque de normas e as necessidades efetivas da práxis e, por outro lado, entre o Direito material e o Direito processual. Medida pela demanda social de normatização, cada ordenamento jurídico evidenciou ser incompleto até a atualidade. No Estado de Direito, uma parte litigante recebe mesmo em uma decisão de indeferimento no conteúdo, que, no entanto, é processualmente correta, a resposta do direito vigente, que lhe cabe de direito. A proibição da negação do Direito não força a suposição de uma unidade coerente.

4 CRÍTICA DA UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO CRÍTICA DO POSITIVISMO

Desde a Escola do Direito Livre, a jurisprudência de interesses e a ciência jurídica de orientação sociológica a objeção tradicional contra os dogmas unitaristas afirma que a integralidade do ordenamento jurídico seria apenas um postulado, pois o juiz sempre se veria diante da necessidade de “preencher lacunas da lei por meio de um ato de criação do direito” (Arthur Kaufmann).⁵ Tal crítica não é suficientemente ampla. Ela aponta para a experiência cotidiana da insuficiência lógica da práxis jurídica, para o fracasso dos ideais do “silogismo” e

da “subsunção”. Ocorre que aqui o conceito da norma e as qualidades do que ele designa não são pensadas até as suas últimas consequências. Com sua imagem do direito como unidade, com sua compreensão da decisão como subsunção lógica, com sua eliminação de todos os elementos da ordem social que não foram não dogmatizados no texto da norma, o positivismo com efeito seguiu e continua seguindo uma ficção. Mas as doutrinas do Direito Livre, do Direito determinado por interesses, do Direito jurisprudencial, a Tópica, a Hermenêutica originária das Ciências Humanas [geisteswissenschaftliche Hermeneutik], o Decisionismo, a Doutrina Integracionista e os antipositivismos restantes preferiram formular críticas no nível dos detalhes em vez de questionar a norma e o conceito de norma.

Se, no entanto, tanto a *norma jurídica* e o *texto da norma* quanto à norma jurídica e a *norma de decisão* forem distinguidas sistematicamente (por parte da *Teoria Estruturante do Direito*), a ideia do “Direito Vigente” se esclarece: o que se costuma designar por esse termo é o conjunto dos textos das normas, que devem ser desenvolvidos apenas *no caso* na direção de normas jurídicas, de acordo com regras de método, sendo que essas normas jurídicas, por sua vez, devem ser desenvolvidas na direção de normas de decisão. Esclarece-se, outrossim, que “unidade”, “integralidade” e “coerência” foram confundidas com a positividade e equivalência das normas de uma codificação bem como com a identidade do estoque de normas consigo mesma.

5 UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

5.1 SOBRE O CONCEITO

Esse enfoque também permite descrever mais precisamente os modos de utilização da expressão “*unidade da constituição*”. A teoria estruturante da constituição definiu com base nesse exemplo o perfil de alguns tipos de concepções de unidade *formal* (ausência de lacunas – não contraditoriedade; unidade do texto, unidade do nível hierárquico de fontes do direito - unidade da estrutura da constituição) e de várias teorias da unidade *em termos de conteúdo*, a saber modalidades ideológicas, de história da constituição, legitimadoras, funcionais e metodológicas do recurso a uma unidade da constituição.

5.2 ORIGEM HISTÓRICA

As origens da expressão “unidade da constituição” estão na República de Weimar. Para Smend⁶, uma constituição é a normatização de aspectos individuais do processo no qual o Estado produz constantemente o seu processo vital; por isso esta não deve visar a particularidades, mas “a totalidade do Estado e a totalidade do seu processo de integração”. Estamos aqui não apenas diante de um pensamento que visa à totalidade, mas diante de um pensa-

mento a partir da totalidade e da sua unidade. Kelsen⁷ registrou o aspecto problemático desse holismo. Para ele, a unidade do Estado somente pode ser fundamentada normativamente, o ordenamento jurídico constitui uma unidade apenas enquanto ordenamento lógico: com a qualidade de poder ser descrito em normas jurídicas [Rechtssätzen] que não se contradigam reciprocamente. A grandeza formal “norma fundamental” constitui a unidade na multiplicidade das normas. Diante disso, Carl Schmitt⁸ chamou a atenção às insuficiências de uma acepção que se restringe ao imperativo isolado pelo positivismo e, conforme devemos acrescentar, sobretudo à figura lingüística da norma, ao texto da norma. Mas a vontade existente por força do decisionismo, que só quer a si mesma, atropela toda e qualquer normatividade materialmente vinculada: “a totalidade da unidade política” (Schmitt)⁹ oferece um exemplo extremado de *holismo* não estruturado. Totalidade enquanto fonte de argumentos tende ao poder e à sua manipulação incontrolada. A essa tendência o Estado de Direito contrapõe os imperativos da vinculação ao direito e à constituição, da determinidade do suporte fático, da clareza dos métodos e da fundamentação racional suficiente. Inferências a partir do todo e da sua unidade não atendem suficientemente às exigências de *métodos democraticamente vinculados e configurados conforme o Estado de Direito*.

5.3 PRÁXIS DOS TRIBUNAIS

Na prática, a *Corte Constitucional Federal* procura impor desde a sentença sobre o Estado do Sudoeste (BVerfGE 1,14 ss.) a visão da Lei Fundamental como uma unidade. O *Superior Tribunal Federal* segue essa linha ocasionalmente com fórmulas do tipo “unidade indivisível” ou “totalidade da ordem de valores”. O Poder Judiciário gerou um caos de modos de utilização desse argumento. Assim, a 2^a Câmara da Corte Constitucional Federal afirma na sua tese sobre a unidade que haveria diferenças hierárquicas genéricas no direito constitucional positivo; contrariamente, na acepção da 1^a Câmara da mesma Corte infere-se, desde a sentença sobre a igualdade de direitos (BVerfGE 3,225 ss.), justamente da unidade da constituição que as normas da Lei Fundamental devem em princípio ter a mesma dignidade hierárquica. Do ponto de vista do Estado de Direito, a interpretação da 2^a Câmara, em conformidade com o princípio, revela-se insustentável.

5.4 CRÍTICA PELA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

Um exame sob perspectivas formais, de conteúdo e de metodologia, conduz a resultados claros: a Lei Fundamental nem é necessariamente destituída de lacunas nem *ea ipsa* isenta de contradições. Mas ela ordena a integralidade do texto e o rigor do texto, nesse sentido, uma *unidade do documento constitucional* em nível formal. Ele não apresenta graus hierárquicos distintos nem dissocia grupos individuais de normas juricamente dos outros grupos. Por isso a Lei Fundamental conhece uma unidade do *grau hierárquico das fontes do*

direito e, desconsideradas as prescrições sobre o *estado de emergência*, uma unidade da sua *estrutura normativa*. Para esses casos, a expressão “unidade da constituição” poderia ser utilizada, embora seja supérflua. O que ela diz resulta das qualidades genéricas da constituição escrita ou das normas constitucionais individuais. Todas as perguntas por uma unidade da constituição são, de qualquer modo para a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, respondidas pelas qualidades da sua positividade. A *positividade da constituição* resolve tanto os casos nos quais o discurso da unidade da constituição fracassa diante da própria constituição (ausência de lacunas, isenção de contradições, unidade ideológica), como também os casos nos quais a tese da unidade já se vê fundamentada pelo Direito Positivo (unidade legitimadora, unidade funcional, unidade enquanto meio da interpretação sistemática e harmonizadora da constituição). O mesmo vale para os tipos já mencionados *supra* (unidade do documento, unidade do grau hierárquico das fontes do direito bem como da estrutura normativa da constituição).

6 CONCLUSÕES

A expressão “unidade da constituição” pode ser abandonada também quando ela poderia ser utilizada com sentido. Ela não pode continuar servindo a tentativas de apagar a linha de fronteira entre argumentos orientados segundo as normas e os argumentos de política jurídica desvinculada do Direito. A tentativa de salvação estimada desde os escritos de Smend¹⁰ de considerar a unidade não como um dado [gegeben], mas sim como uma tarefa [aufgegeben] também não leva mais longe, conforme a prática do tribunal supremo mostra involuntariamente. Se a unidade não existe enquanto dado nem pode ser tornada plausível, ela também não existe como meta a ser atingida na prática. Do contrário, só substituiremos uma ilusão por outra, a ilusão positivista pela ilusão antipositivista. O que conduz mais longe é uma *estruturação pós-positivista* do campo de problemas.

Os argumentos enganosos [schillernd] da “unidade”, seja do ordenamento jurídico na sua totalidade, seja da constituição, levaram a caminhos errados. Constituem exemplos de um holismo irracional do trabalho jurídico que pode ser abandonado sem prejuízo desse mesmo trabalho, que deveria ser abandonado no interesse de uma atuação dos juristas em conformidade com o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- BERGBOHM, Karl. **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie**. Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1892. v. 1.
- BURCKHARDT, Walter. **Die Lücken des Gesetzes und der Gesetzesauslegung**. Bern: [s.n], 1925.

ENGISCH, Karl. Der rechtsfreie Raum. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. **Journal of Institutional and Theoretical Economics / Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Germany, Bd. 108, H. 3, p. 385-340, 1952.

_____. **Die Einheit der Rechtsordnung**. Heidelberg: [s.n.], 1935.

GERBER, Carl-Friedrich-Wilhelm von. **Grundzüge des deutschen Staatsrechts**. 3. ed. Leipzig: [s.n.], 1880.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Darmstadt: [s.n.], 1960.

JUNG, Erich. Von der 'logischen Juristenfakultät für Heinrich Dernburg, Geschlossenheit. In: FESTGABE des Rechts, Giessener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg. Berlin: W. H. Muller, 1900.

KAUFMANN, Arthur. Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik. In: HORN, Norbert Horn. **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart**: festschrift für Helmut Coing zum 70. München: Geburststag, 1982. v. 1, p. 5317.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Viena: Deuticke, 1960.

LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**. 5. ed. Tübingen: [s.n.], 1911. v. 1.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 5. ed. Heidelberg: [s.n.], 1983.

LUHMANN, Niklas. Die Einheit des Rechtssystems. **Rechtstheorie** 14, H. 2, p. 129-154, 1983.

MÜLLER, Friedrich. **Die Einheit der Verfassung**: elemente einer Verfassungstheorie III. Berlin: [s.n.], 1979.

_____. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. ed. Berlin: [s.n.], 1994.

_____. **Juristische methodik**. 7. ed. Berlin: [s.n.], 1997.

SCHMITT, Carl. **Vergfassungslehre**. 4. ed. Berlin: [s.n.], 1965.

SMEND, Rufolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München: [s.n.] 1928.

-
- 1 GERBER, Carl-Friedrich-Wilhelm von. **Grundzüge des deutschen Staatsrechts**. 3. ed. Leipzig: [s.n.], 1880.
 - 2 BERGBOHM, Karl. **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie**. Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1892. v. 1.
 - 3 JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Darmstadt: [s.n.], 1960.
 - 4 JUNG, Erich. Von der 'logischen Juristenfakultät für Heinrich Dernburg, Geschlossenheit. In: FESTGABE des Rechts, Giessener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg. Berlin: W. H. Muller, 1900.
 - 5 KAUFMANN, Arthur. Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik. In: HORN, Norbert Horn. **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart**: festschrift für Helmut Coing zum 70. München: Geburststag, 1982. v. 1, p. 5317.
 - 6 SMEND, Rufolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München: [s.n.] 1928.
 - 7 KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Viena: Deuticke, 1960.
 - 8 SCHMITT, Carl. **Vergfassungslehre**. 4. ed. Berlin: [s.n.], 1965.
 - 9 SCHMITT, Carl. **Vergfassungslehre**. 4. ed. Berlin: [s.n.], 1965.
 - 10 SMEND, Rufolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München: [s.n.] 1928.

THE UNITY OF LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

An expression that carries multiple meanings, the unity of the legal system is taken as a legal characteristic, axiom or postulate. Arising from Natural Law of the rationalist tradition, the idea of unity was adopted by Positive Law. Whether regarding the legal system as a whole or the Constitution, the analysis presented here is conducted under rational, historical and positivist aspects, and also under the guidance of the Structuring Theory of Law. The conclusion is that the unity of the legal system – as a data or as an inspiring goal of legal practice - is illusory.

Keywords: Unity. Legal system. Constitution. Structuring Theory of Law. Illusion.

Submetido: 17 abr. 2017
Artigo convidado

A EXCEÇÃO COMO DISPOSITIVO DE GOVERNO¹

Luciano Nuzzo*

1 Introdução. 2 Excepcionalismo soberano. 3 Crise. 4 A normalização da exceção. 5 Soberania e biopoder. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

Por meio da discussão das ideias de Carl Schmitt e Walter Benjamin, Michel Foucault e Giorgio Agamben, este artigo visa a analisar o funcionamento de um dispositivo de governo que usa a exceção como norma. Esse dispositivo é definido como “excepcionalismo soberano” e introduz novas formas de controle, que resultam de uma combinação inédita entre excepcionalismo e governamentalidade, em que o Direito e as instituições democráticas continuam a existir, mas são sempre mais esvaziadas, revogadas por meio de práxis governamentais. O excepcionalismo soberano, em última instância, coloca-nos frente aos paradoxos do Direito e desconstrói radicalmente a geometria política moderna e a razão que constituiu seu pressuposto.

Palavras-chave: Crise. Soberania. Biopoder.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo destas páginas é analisar um dispositivo de poder que faz da exceção o seu estatuto operativo. Esse dispositivo determina novas formas de relação entre Direito e Política, entre pertencimento e direitos, produzindo uma contínua redefinição do sentido dos conceitos e das categorias com as quais a Política e o Direito na modernidade haviam representado o espaço da própria operatividade.¹⁻² O que quero fazer emergir é um quadro complexo no qual discursos, práticas e instituições constroem o que usam como objeto do próprio saber-poder.³ Nas palavras de Michel Foucault, o dispositivo representa:

Um conjunto absolutamente heterogêneo, que implica discurso, instituições, estruturas arquitetônicas, decisões regulatórias, leis, medidas administrativas com as quais se intervém nas relações para orientá-las a uma certa direção, seja para bloqueá-las ou para fixá-las e utilizá-las de modo estratégico no interior das relações de poder.⁴

1 Tradução do Italiano para o Português de Diego de Paiva Vasconcelos, Professor da Universidade Federal de Rondônia e doutorando na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Bolsista Capes/PDSE.

* Luciano Nuzzo é “Ricercatore confermato” (pesquisador efetivo) de Filosofia do Direito e Professor Doutor de Lógica e Teoria da Argumentação Jurídica do Departamento de Ciências Jurídicas da Università del Salento. Atualmente é pesquisador visitante com uma bolsa do CNPq na Faculdade de Direito da UFRJ. E-mail: <luciano.nuzzo@unisalento.it>.

As políticas em matéria de terrorismo e, sobretudo, as políticas em matéria de imigração que muitos países adotaram nas duas últimas décadas nos impele a compreender como os dispositivos de governo recorrem, em modo difuso, à exceção. No novo contexto histórico-político pós-colonial, da globalização, das novas guerras ao terrorismo e dos fortes fluxos migratórios que atravessam velhas e novas fronteiras, as práticas de governo excepcionais redesenham a geografia política e jurídica de um Ocidente supostamente nutrido de princípios universalistas e direitos civis. Essa centralidade do uso da exceção nas práticas governamentais reconfiguram este dispositivo e nos força a refletir sobre o Direito e a forma de organização que se costuma descrever pelo sintagma Estado Constitucional de Direito. Uma forma que aponta descontinuidade com um passado e que pressupõe um sistema institucional centrado na legitimação do poder por meio da referência à lei, ordinária e constitucional.⁵

Aquilo que parece emergir por meio desse dispositivo é a transformação do estado de exceção em um estado de normalidade. Em um quadro onde a regulação unitária garantida pelo Direito Público Constitucional é fraturada, assistimos a uma pluralidade de autoridades semi-soberanas, semi-constituintes, que operam nos confins da lei, no seu espaço intersticial, dentro e fora dos confins da soberania. Isso significa que a exceção funciona no interior de um processo de gestão e administração da contingência. A consequência é que a exceção não pertence mais à exceção e a norma ao direito de exceção, como predicava Carl Schmitt.

Procurando descrever o funcionamento desse dispositivo, acredito ser útil partir de um caso específico e exemplar. O campo de detenção de Guantánamo, nesse sentido, representou talvez a maior afronta às convenções internacionais do Direito, instância na qual os Estados Unidos se arrogaram um lugar fora do Direito. Ecos da espetacularização do campo podem, inclusive, ser encontrados na estética do Estado Islâmico, com seus prisioneiros vestidos de laranja. Guantánamo, assim, abriu uma discussão que, acredito, ainda não se concluiu. Embora se fale do fechamento do campo, considero que ele representa uma concretização exemplar de tal dispositivo de poder. O que interessa, ademais, não é só Guantánamo, mas o dispositivo de poder encontrável em diversos contextos, com outros nomes e outras aparências. Guantánamo torna-se o nome comum dos espaços onde o poder soberano se exerce do lado de fora dos limites do estado de Direito e das convenções de Direito Internacional como uma prática governamental. A guerra passar a ser um caso de polícia.

Não é um acaso que a triste história de Guantánamo, como lugar de internamento e *legal black hole*, como espaço de exceção e de produção de novas formas de aniquilamento da subjetividade, tenha sido iniciada com a autorização concedida pelo Congresso ao então Presidente George W. Bush, após o ataque terrorista às torres gêmeas em Nova Iorque. Nela, se reconheceu o direito do Presidente de utilizar:

all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harboured such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such

nations, organizations or persons (Authorization for Use of Military Force, Pub. L. N. 107-40, 115 Stat. 224, 2001)⁶

Graças aos poderes conferidos pelo Congresso com esta decisão, Bush, mesmo antes de lançar mão das operações militares anglo-americanas contra o Afeganistão talibã, promulgou uma ordenação militar sobre a detecção, detenção e tratamento dispensados àqueles capturados durante a guerra ao terrorismo. Lembrar a *Authorization for Use of Military Force* torna imediatamente perceptível a excepcionalidade de Guantánamo e permite evocar o debate teórico jurídico sobre o significado de uma detenção infinita subtraída da lei e do controle judiciário, mas que, ainda assim, afirma aplicar a lei e tem a necessidade de utilizar o processo como meio de comunicação para com um público mundial.⁷

O campo cubano é, para o observador que observa utilizando a distinção Direito/não Direito, um vácuo que permite superar a diferença entre soberania e governamentalidade, entre lei e ato administrativo, entre nacional e estrangeiro. O campo é o início de uma nova ordem jurídica, invisível começo de um novo sistema social que, por meio de um impulso externo ao Direito, como sistema constitucionalmente garantido, se mostra apto a anular o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo um ser juridicamente inominável e inclassificável.⁸⁻⁹

A violência absoluta, espetacular e terrível do ataque às torres gêmeas de Nova York é, de fato, o *big bang* na origem da *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terroristic Attacks* (14.11.2001), uma situação de emergência que permitiu ao Presidente dos Estados Unidos superar a rígida separação de poderes sob a qual se funda o arranjo constitucional americano e de promulgar o *Patriot Act*, o *President Issues Military Order*, as Ordenações e Instruções para a Comissão Militar, instâncias em que se atribuiu competência para julgar os suspeitos de atividade terrorista ou de atividade contrária aos interesses nacionais.

2 EXCEPCIONALISMO SOBERANO

Não é necessário fazer referência ao discurso de George W. Bush ao Congresso ou às diretrizes de governo em matéria de antiterrorismo. Basta ler a página política de um jornal ou ouvir um debate na televisão para se deparar com a afirmação de que tempos de exceção demandam medidas excepcionais. Em outras palavras, a excepcionalidade dos eventos, diz-se, causou uma situação nova, não previsível e que necessita de uma resposta, por sua vez, excepcional. Trata-se de afirmações que pertencem ao senso comum. Entretanto, o senso comum, como lembra Wittgenstein no seu ensaio “Da certeza”, não é comum porque se funda sobre dados comumente aceitos, percebidos por todos da mesma maneira. O senso comum não tem nada de natural. Trata-se da generalização de determinados esquemas cognitivos. Portanto, embora o senso comum não seja saber científico, mantém uma relação muito estreita com este, em um duplo sentido: porque tem uma estrutura gramático-teórica imanente e porque generaliza esse esquema de tal modo que possa parecer natural.¹⁰ Assim,

para procurar compreender a afirmação sobre “tempos excepcionais produzirem e demandarem medidas excepcionais” é necessário se aprofundar no significado da relação exceção/excepcionalismo. Desse modo, pode-se ver que aquilo que aparenta ser uma obviedade é, ao invés, uma afirmação que pressupõe implicitamente uma determinada concepção da realidade e assim uma determinada teoria do conhecimento e, sobretudo, uma determinada posição nos confrontos da Política e do Direito.

Embora não se possa, nesse artigo, deter-se sobre as implicações epistemológicas da citada expressão, emerge, de modo imediato, o modo como se postula uma relação linear do tipo causa/efeito entre exceção e excepcionalismo. O evento excepcional como tal é inacessível. O caráter excepcional do evento depende de um observador que o constrói como tal. Depende, em outros termos, de ser interpretado e representado como excepcional. Depende, em última análise, da utilização de uma distinção entre normal e excepcional que permite construir o mundo com tal distinção e qualificar um evento como excepcional.¹¹

A utilização da distinção entre regra e exceção é rica em implicações. Na verdade, a construção e a representação de uma situação como emergência/exceção constitui, num primeiro momento, a condição de operatividade de um novo dispositivo de poder. A representação da exceção antecipa o próprio evento, produzindo e determinando consequências excepcionais. A exceção não é uma situação real, objetiva, depende do poder de declará-la como tal. Isso significa que o evento é o resultado de uma construção, depende da sua representação.

Não é de espantar que um dos mais profundos teóricos da soberania, Carl Schmitt, não tenha fugido do problema posto pela exceção. Toda a sua teoria da soberania, na verdade, gira em torno da questão da decisão como prerrogativa do soberano, não sendo limitada pela lei. Quem decide sobre o estado de exceção, diz Schmitt, “decide tanto sobre se existe um caso extremo de emergência, quanto sobre o que se deve fazer para superá-la.”¹²

Resulta, então, evidente que declarar um evento como excepcional torna-se o instrumento para produzir e legitimar as medidas realmente excepcionais. Desse ponto de vista Guantánamo é um caso paradigmático. É o produto de um conjunto de discursos e práticas que se configuram como excepcionais em relação às regras do Direito Internacional, tanto quanto em relação às do Estado de Direito Constitucional. Constitui-se como resultado daquele dispositivo de saber/poder definido como excepcionalismo soberano. A relação que instaura com a exceção é dupla. Em primeiro lugar, porque a colocação do campo na base militar de Guantánamo teve o intuito de evitar que aos prisioneiros se pudessem aplicar as normas previstas no Direito estadunidense. Colocar o campo na base militar, sob a jurisdição do exército americano, garantiu que os prisioneiros fossem postos fora do alcance legal, exclusivamente à mercê do que Derrida chamou de “a força de lei sem lei.”¹³ Em segundo lugar, o fato de os supostos terroristas serem detidos em uma base militar estadunidense e, assim, em um lugar não secreto, constituía uma afirmação de soberania.¹⁴

Mas não se trata apenas disso. Por meio da constituição, da gestão e da difusão do modelo Guantánamo, torna-se explícita e, portanto, visível uma forma de poder governamental cujo objetivo é a gestão, a submissão e o controle de indivíduos e populações previamente constituídos como perigosos. Em outros termos, Guantánamo realiza uma mudança significativa das estratégias de segurança e de defesa em relação à prevenção. Os exemplos são inúmeros, o ponto central, entretanto, independentemente do caso específico, é que a decisão sobre a periculosidade é confiada à via preventiva dos aparatos militares ou de polícia e perde seu caráter provisório. As medidas de polícia se autonomizam da magistratura/Judiciário. No interior de um quadro político caracterizado por um fortalecimento do Executivo perante órgãos eletivos e da administração sobre a jurisdição, assiste-se, em muitos casos, a um deslocamento das prerrogativas – e até mesmo dos direitos – do Judiciário à força do poder da polícia. Esse deslocamento responde a uma lógica discursiva imanente ao dispositivo do excepcionalismo soberano. O discurso sobre a “guerra ao terrorismo” funciona como produção e legitimação da exceção.

As novas leis sobre terrorismo e, em geral, a política de segurança introduzem novas formas de controle, como os centros de identificação e expulsão de migrantes irregulares ou aqueles de identificação para os que requerem asilo, novos procedimentos revogatórios das regras ordinárias de Direito Penal e, em alguns casos, como naqueles dos prisioneiros de Guantánamo, jurisdição especial. Em todos esses casos, como na situação dos prisioneiros de Guantánamo julgados por comissões militares *ad hoc*, o papel do Judiciário parece absolutamente residual ou, no mínimo, subalterno em relação ao aparato militar ou da polícia.

3 CRISE

A representação de um evento como excepcional produz a exceção, isso é, produz a decisão sobre o estado de exceção. Carl Schmitt põe em evidência, de maneira politicamente interessada, o caráter político da decisão. O fato é que a distinção imanente ao político é aquela entre amigo e inimigo.¹⁵ A decisão política última, em outras palavras, é sempre expressão de uma crise. A etimologia da palavra crise (*Krisis*), sob este ponto de vista, é particularmente significativa. Como explicou Koselleck, *Krinai* indica o momento extremo, a última fase de uma doença, quando há a luta entre vida e morte.¹⁶ Se escavássemos as sedimentações de sentido da palavra, encontraremos o juízo, a decisão, o risco terrível da escolha. Como observou Eligio Resta, o discurso sobre a exceção é o discurso típico das crises e significa redescobrir uma dimensão política do Direito, uma dimensão na qual a distinção que opera é aquela entre amigos/inimigos.¹⁷

O problema é a decisão. E a decisão que decide sobre o estado de exceção, como mais uma vez disse Schmitt, é uma decisão absoluta cuja validade depende da sua legitimidade de ser a decisão de autoridade constituída. E, conseqüentemente, a legitimidade da autoridade consiste no fato de que toma a decisão. Instaura-se uma relação circular entre decisão, evento

excepcional e legitimação das práticas excepcionais que dela derivam. A decisão antecipa o evento. A representação do evento como excepcional funciona como legitimação das práticas excepcionais. Aquilo que emerge do estado de exceção funciona como legitimação de práticas excepcionais. O que emerge é o caráter belicoso da Política: a construção do outro como inimigo e a legitimação de medidas que limitam o Direito e direitos. Penso, contudo, que uma crítica do estado de exceção não se possa limitar a colocar em evidência o aspecto, embora de fundamental importância, das limitações e privações do Direito e dos direitos. É necessário, como alerta, enfrentar toda ambivalência e paradoxalidade do estado de exceção para ver e indagar a relação estrutural entre Direito e violência.

A teoria do estado de exceção permite desconstruir essas representações que neutralizam o político no interior da relação jurídica, de um lado, e, de outro, no interior do liberalismo econômico. O estado de exceção é um conceito limite que permite observar o paradoxo de que a autoridade não necessita do Direito para criar direito. O Direito no estado de exceção denuncia sua origem, isto é, o fato de não haver direito de ser Direito; denuncia sua relação constante com a violência que o funda e conserva. Mas a decisão para poder decidir deve poder operar a distinção entre Direito e não Direito, entre regra e exceção. Se é verdade que a relação entre norma e exceção se inverte, ou seja, a exceção passa ser a condição para aplicação da norma, a distinção entre eles deve permanecer. O estado de exceção, no momento em que libera e denuncia a violência que funda o Direito, paradoxalmente, mantém aberta e constante a relação entre Direito e violência. O estado de exceção é, portanto, o mecanismo por meio do qual a exceção, no seu significado etimológico, *ex capere*, inclui aquilo que lhe é estranho. O Direito, por meio do ciclo violência-Direito-violência, que para Benjamin constitui o núcleo mítico, retorna à sua origem. Reativa a memória da sua origem e, por meio da construção da própria história, oculta o seu paradoxo constitutivo. Desse modo, pode produzir a própria imunização. Pode, em outros termos, operar distinguindo o Direito do não Direito. Em outras palavras, apenas o contínuo retorno do passado pode salvar o presente da incerteza que o futuro projeta. A imunização do Direito em relação à Política pode se realizar, assim, para Schmitt, por meio do estado de exceção, que garante a segurança nos confrontos de um risco futuro por meio de doses preventivas sustentáveis.¹⁸

4 A NORMALIZAÇÃO DA EXCEÇÃO

Qual é o preço que se paga por esta imunização? Trata-se de uma real imunização? Isto é, uma vez que o Direito se confunde com a Política – e substitui seu próprio código por aquele de amigo/inimigo –, de que modo pode operar?

Schmitt disse que para salvar a constituição é necessário suspendê-la. Porque a norma para ser aplicada necessita de uma ordem. E no estado de exceção há uma fratura do sintagma do ordenamento jurídico. O mérito de Schmitt é o de possibilitar ver o paradoxo do Direito moderno na sua relação constante com a violência e a exceção. A exceção representa uma

possibilidade imanente ao jurídico e não um acidente no curso de sua história. E este é um ponto decisivo. Mas, para Schmitt, o problema é remover a exceção. E o estado de exceção é o dispositivo por meio do qual a anomia é recolocada no interior do ordenamento. O problema, contudo, persiste porque o estado de exceção, uma vez introduzido, comporta uma radical transformação do próprio ordenamento. Ele esconde em seu interior uma lógica mimética. Direito e violência apoiam-se em sua indissolúvel unidade. Mas isso significa que o Direito não pode mais operar com um código diferente daquele amigo/inimigo. No momento, portanto, no qual o Direito denuncia a sua origem e não consegue distinguir-se e diferenciar-se do político, perde a diferença e, assim, assemelha-se à guerra. O Direito Penal assume, então, o risco de transformar-se em “Direito do inimigo”. Um Direito que não estabiliza expectativas, mas que aumenta a possibilidade de frustração, generalizando os fatores de insegurança. Um Direito que assume diretamente uma tarefa política de defesa contra um inimigo.

O que emerge, então, das políticas de segurança é uma inversão da relação regra/exceção. No sentido que a exceção se normaliza, tornando-se modalidade estável de gestão da Política e do Direito. Isso significa que a exceção, uma vez introduzida, se normaliza. Não constitui um *intermezzo* para a (re)estabilização da ordem, mas, antes, torna-se instrumento para organizar e legitimar uma nova ordem.

A questão que se coloca aqui é para onde conduz a teoria do estado de exceção de Schmitt. A tal propósito é oportuno retomar a discussão entre Schmitt e Walter Benjamin sobre a normalidade do estado de exceção. Não estranha, de fato, que Schmitt e Benjamin, dois autores tão diversos sob todos os aspectos, compartilhassem desde perspectivas opostas, durante os anos convulsos da República de Weimar, o juízo negativo sobre a democracia liberal e, mais amplamente, uma crítica à confiança otimista e cega no progresso nas duas versões que surgiram entre os séculos XIX e XX: a liberal e a social-democrática. Como observou Norbert Bolz, Benjamin se interessou por Schmitt por causa da analogia fisionômica entre a crítica reacionária e anárquica, vendo em ambos os casos uma recusa dos mitos liberais e a afirmação do estado de exceção como o elemento central da ordem política.¹⁹⁻²⁰

No ensaio de 1921, “Para a crítica da violência”, Benjamin afirma que o escândalo que a violência constitui, quando observada pela perspectiva do Direito, é estar fora do Direito. O Direito não pode tolerar a existência de um fora, deve excluir o fora que é a violência, e tal exclusão não pode acontecer se não por meio de uma inclusão, uma interiorização do que é externo. A ilegitimidade da violência consiste na sua posição e não no seu conteúdo. Ela persistirá enquanto a violência permanecer externa ao Direito. O Direito posto pela violência a reconduz ao seu interior, mas no momento em que o Direito produz tal interiorização, o Direito mantém a diferença com a violência. Assim o Direito moderno, no uso da violência legítima, pode reproduzir e repetir a sua origem.²¹⁻²² À diferença de Schmitt, que quer neutralizar a violência recolocando-a no interior do Direito, Benjamin quer afirmar a

realidade de uma violência pura, a violência revolucionária. Esta é uma violência externa e estranha ao Direito: “O caráter próprio dessa violência é que ela não põe nem conserva o direito, mas o depõe e inaugura, assim, uma nova época histórica.”²³

Em *A Ditadura*, Schmitt usa a distinção entre o poder constituinte e o poder constituído, entre norma de lei e norma de atuação, a fim de distinguir entre a ditadura comissária, na qual o exercício do poder além da lei se justifica para a conservação da lei e do estado, e a ditadura soberana, na qual o exercício da violência sem Direito è usada para instaurar uma nova ordem jurídica. Na República de Weimer, a referência schmittiana à ditadura comissária, portanto, significava, por um lado, invocar e justificar um governo forte, não mais vinculado a um parlamento incapaz de enfrentar a crise econômica e política deflagrada pelo tratado de Versalles; por outro lado, significava manter uma relação entre violência e Direito.²⁴

Para Benjamin, por sua vez, trata-se de desconstruir a teoria schmittiana do estado de exceção e pensar uma violência que não tem nenhuma relação com o Direito, uma violência pura que não esteja em uma relação de meio-fins com o Direito. E, portanto, uma violência que seja puro meio e, como tal, nem põe nem conserva o Direito. Como observa Giorgio Agamben: “a violência pura expõe e corta o elo entre direito e violência e pode, assim, aparecer ao final não como violência que governa ou executa mas como violência que simplesmente age e se manifesta.”²⁵ Assim, a teoria schmittiana do estado de exceção pode ser lida como uma tentativa de responder à crítica de Benjamin. O estado de exceção torna-se um dispositivo que permite reconduzir ao interior do Direito o que é estranho ao Direito. Ao mesmo tempo, a impossibilidade de decidir juridicamente o caso de exceção funda a necessidade da decisão do soberano como “*suprema potestas superiorem non recognoscens*” (Bodin). Para Schmitt, a dimensão absoluta da decisão aparece, precisamente, no estado de exceção.

Em “O Drama Barroco”, Benjamin retoma as categorias de Schmitt de soberania, decisão, estado de exceção, mas coloca-as em um horizonte completamente diferente que lhes altera radicalmente o sentido. A idade barroca, para Benjamin, é dominada pela crise. As personagens que a povoam são caracterizadas pela percepção de uma catástrofe iminente. O príncipe da alegoria barroca é incapaz de tomar decisão, apesar de ser o titular do poder supremo. As situações nas quais é constantemente envolvido demonstram, para Benjamin, essa incapacidade. A soberania é vazia, é um simulacro. O soberano, como observa Agamben, é “o lugar em que a fratura que divide o corpo do direito se torna irrecuperável: entre Macht e Vermoegen, entre o poder e seu exercício, abre-se uma distância que nenhuma decisão é capaz de preencher.”²⁶

A catástrofe, portanto, e não o milagre, constitui, para Benjamin, diferentemente de Schmitt, o paradigma do estado de exceção. Mas se o estado de exceção é, de acordo com Schmitt, o lugar no qual se articula a relação entre anomia e contexto jurídico, para Benjamin, o estado de exceção é, como escreve Agamben, “antes, uma zona de absoluta indeterminação entre anomia e direito, em que a esfera da criação e a ordem jurídica são arrastadas em

uma mesma catástrofe.”²⁷ A tentativa do poder estatal de anexar (a si mesmo) a anomia por meio do estado de exceção é uma representação que tem como fim desvincular o poder da lei, mantendo a lei em um estado de vigência sem aplicação. Benjamin, na sua crítica a Schmitt e à concepção do Direito como violência, denuncia o caráter fictício do estado de exceção, o seu ser uma construção do direito violento e da violência jurídica. Contrariamente a Schmitt, Benjamin chega a uma posição radicalmente anti-estatal. O ponto central que emerge da análise de Benjamin é que a verdade da história não reside na lei, na regra, na norma, mas na violência de uma soberania que se afirma no limite, no estado de exceção que traz à luz a nudeza da relação política como relação bélica.²⁸

Em 1934, na abertura de seu ensaio “Staat, Bewegung, Volk”, Schmitt escreve:

A constituição de Weimar não está mais em vigor. Depois da lei de 24 de março de 1933 (*Gesetz zur Behebung der Not von Staat und Volk*) sobre os plenos poderes, cada tentativa de justificar ou de refutar a situação jurídica atual em base a Constituição de Weimar é vista pelo estado nacional-socialista como um jogo sem sentido; ou então, como uma expressão da tendência política de reconduzir o direito público hoje válido e a *auctoritas rei constitutae*, que pertence ao estado atual, a ordens jurídicas superadas e, assim, paralizá-lo ou, pelo menos, relativizá-lo.²⁹

Em 1933, entrava-se em um regime transitório cujo resultado imediato não era outro senão o estado total. O estado totalitário era, no entanto, pensado e repensado como consequência inevitável da crise do estado de direito, como um estado de justiça irreduzível a um formalismo legislativo vazio, como o produto constitucional da exceção e conjuntamente como agente de transformação de exceção em regra. A crítica de Benjamin havia acertado o ponto.

Em 1940, frente à realidade do estado de exceção, Benjamin retoma as categorias de Schmitt para desmascarar seu caráter reacionário. No último e profético texto de Benjamin, “Sobre o conceito de História”, na tese VIII, lê-se: “A tradição dos oprimidos ensina-nos que o estado de exceção em que vivemos é a regra.”³⁰ Diante da indeterminação entre exceção e regra que se realiza no Terceiro Reich e na Europa dos totalitarismos, Benjamin afirma que a distinção entre violência e Direito torna-se impossível e o estado de exceção, no momento em que se normaliza, se transforma em uma *fictio iuris*. Aquilo que resta é um vazio, um lugar no qual violência e Direito são indistinguíveis.

Ainda na tese VIII, lê-se:

Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese de ele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus opositores o verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto por as coisas a que assistimos “ainda” poderem ser assim no século vinte não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável.³¹

Reconhecer que o estado de exceção seja a regra significa repensar as modalidades de luta contra o fascismo. Significa substituir a ideia de história como tempo linear e infinito pela imagem paradoxal de um estado da história, no qual o evento fundamental é sempre em curso e a meta não está longe, no futuro, mas é sempre já presente.³² A revolução de Benjamin quebra a concepção reacionária de Schmitt e aparece paradoxalmente no momento da catástrofe, como o tempo cairológico no qual o homem aproveita a oportunidade e decide no átimo da própria liberdade.³³

5 SOBERANIA E BIOPODER

A nossa época se caracteriza por uma normalização do estado de exceção. O estado de exceção não precisa mais ser declarado formalmente, opera como produção e representação discursiva de uma situação de fato que permite um exercício extralegal de poder em nome de exigências governamentais. No momento em que o estado de exceção se transforma em regra, o espaço que se abre é um espaço que não conhece pacificação; é, então, um espaço onde a Política, de acordo com Foucault, se manifesta como prossecução da guerra com outros meios, invertendo a fórmula de Clausewitz.³⁴

O inimigo é criminalizado, e a guerra se transforma em uma operação de polícia permanente, cuja finalidade não é derrotar o inimigo identificável, mas a gestão da insegurança. E isso significa que o dispositivo da guerra e do estado de exceção se normalizam. Práticas excepcionais saem do interior do estado de exceção, no qual eram ocultadas, para retornarem, na sua complexidade, ao “espaço político da cidade”. A Política torna-se indistinguível da polícia. E a polícia, como na intuição de Benjamin, torna-se soberana.

Hannah Arendt, em uma passagem a propósito da situação dos apátridas, escreve:

Foi essa a primeira vez em que a polícia da Europa ocidental recebeu autoridade para agir por conta própria, para governar diretamente as pessoas; nessa esfera da vida pública, já não era um instrumento para executar e fazer cumprir a lei, mas havia se tornado autoridade governante independente de governos e de ministérios.³⁵

É interessante notar que esta observação é proposta pela filósofa num capítulo em que analisa a crise de categorias políticas modernas que construíram o espaço da Política e o Direito em torno da tríade território, ordenamento e nação. A questão que se coloca aqui é como se conjugam o excepcionalismo e o poder de governo enquanto biopoder. Em outras palavras, como se relacionam o poder soberano sobre a vida e a morte e uma tecnologia política cujo objetivo é organizar e potencializar a vida individual ou de uma população?

Na última lição do curso de 1976 no *College de France*, Foucault interroga-se sobre o caráter biopolítico do regime nazista: “se é verdade que o fim (do Estado) é essencialmente aquele de potencializar a vida, como é possível que um poder político mate, reivindique a

morte, exija a morte, dê a ordem de matar, exponha à morte não somente os seus inimigos mas também os seus cidadãos?”³⁶

O poder que é desenvolvido a partir do século XVIII se caracteriza por ser um poder sobre a vida, isto é, se exercita sobre a vida do homem enquanto ser vivente. A velha ideia de um Direito soberano de vida e de morte, um Direito assimétrico que define a vida em relação à morte, é substituída por um poder de viver e repelir a morte. Ora, isso não significa menos direito de morte, mas sua adaptação à exigência de um poder que administra a vida. A guerra não é feita em nome da defesa do soberano, mas em nome da existência de todos. O poder de morte que se manifesta na guerra se apresenta como o complemento daquele que se exercita sobre a vida. Nesse sentido, o racismo moderno representa o modo pelo qual se introduz uma censura no domínio da vida. Uma censura entre o que deve viver e o que deve morrer.

O racismo de estado determina o modo de continuação e transformação da guerra. Os inimigos não são adversários políticos. São elementos potencialmente mais perigosos ainda, externos ou internos à população. O discurso sobre a cidadania funciona como legitimação dos dispositivos de exclusão e de expulsão da comunidade. O status de cidadão não indica a posição jurídico-formal de um sujeito face ao ordenamento jurídico, mas vem carregado de um significado diretamente político-existencial, ou, se preferir, biopolítico. Ser cidadão torna-se condição essencial para não ser privado das condições materiais de existência. De modo análogo, também a outra parte da distinção, o não-cidadão, se preenche de novos conteúdos. Ser não-cidadão é o sinal biológico do não pertencimento a uma determinada população. Assim, é possível a identificação do inimigo enquanto ameaça à sobrevivência da população a que não pertence.

O paradoxo biopolítico de Foucault, no entanto, não obstante a análise do racismo como dispositivo que reintroduz a morte no biopoder, é destinado a não ser resolvido. Na verdade, o racismo explica a função da morte no interior do biopoder, mas não o poder do soberano de decidir sobre o valor e o desvalor da vida. O problema é, mais uma vez, a soberania que retorna porque, como recorda Bataille, “a missa fúnebre do rei é a maior afirmação da soberania.”³⁷

Agamben, por meio de um diálogo travado com Schmitt e Benjamin e com Arendt e Foucault, pensa o poder a partir da conexão entre soberania e biopoder. O que para Foucault representa um problema insolúvel, a relação entre soberania e biopolítica e entre liberalismo e totalitarismo, é superado na perspectiva de Agambem, que pensa o campo como espaço no qual a soberania e o biopoder se entrelaçam e no qual o liberalismo se inverte em totalitarismo. No momento em que o nazismo realiza os dispositivos já presentes no regime liberal e quando o poder soberano reaparece sob a forma de racismo de estado, a forma de uma decisão sobre a vida e a morte baseada em uma razão biológica, fica evidente como Política e vida aparecem estreitamente ligadas desde o início da modernidade e como o poder se

exprime em um controle e um assujeitamento total da vida. No estado de exceção, tornado para Agamben permanente, a decisão soberana sobre a exceção consiste em dispor da vida, no seu poder essencial de suspendê-la, colocando-a numa zona de indiscernibilidade entre vida e morte.³⁸⁻³⁹

Na teoria de Schmitt da soberania como decisão sobre o estado de exceção, de acordo com o filósofo italiano, é possível reconhecer o nó biopolítico no qual a soberania comprime a vida. Por meio da antiga figura do direito romano arcaico do *homo sacer*, Agamben reconstrói o percurso que leva ao biopoder: “Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua.”⁴⁰ A condição do *homo sacer* de ser passível de morte mas não de sacrifício, representa, como a exceção soberana, uma condição limite. Soberano e vida nua estão nos pólos opostos de uma relação de exclusão recíproca. Soberano é aquele diante do qual todos os homens são *sacer*, matáveis sem que se cometa homicídio, porque o soberano está, ao mesmo tempo, fora e dentro da ordem. Por outro lado, *homo sacer* é aquele diante do qual todos os homens são soberanos, podem matá-lo sem cometer homicídio. Soberano e *homo sacer*, limites extremos da ordem, colocam em discussão os confins. Em ambos os casos se percorre uma zona de indistinção entre interno e externo. O *homo sacer* vive, como o soberano, na exceção, em um estado no qual violência e Direito, fato e norma se indeterminam, no qual os confins entre lícito e ilícito se confundem. A soberania é, portanto, “a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.”⁴¹ No momento em que o nazismo leva às últimas consequências a decisão soberana sobre o valor e o desvalor da vida, o campo não pode mais ser considerado uma anomalia pertencente ao passado, um fato histórico, mas o *nomos* do espaço político moderno.⁴²

Os campos, então, que se difundem no interior e no exterior das fronteiras dos estados, para internar os inimigos de “guerras infinitas”, ou para construir barreiras contra os migrantes, representam o ponto mais visível de um processo que tem como objetivo a gestão das formas de vida por meio de uma reconfiguração nas chaves de segurança do espaço da Política. O campo constitui o “não lugar” da Política no momento em que a geometria política da modernidade entra em crise. Indica o espaço no qual o poder soberano se exercita, livre de vínculos, em toda a sua força e no qual o político se manifesta sem mediação do jurídico no confronto com um indivíduo que, desprendido de vínculos de pertencimento e de direitos, sem cidade e sem cidadania, surge frente ao poder exclusivamente como vida nua, como *zoe* e não mais como *bios*. O campo, como as figuras que o habitam, é um limite da Política e do Direito, isto é, onde se redefinem as relações entre violência e Direito, entre pertencimento e Direito. Onde a Política e o Direito assumem a vida na sua totalidade até confundirem-se com ela. O campo é o espaço no qual o poder soberano opera como mecanismo de produção e transformação da vida natural em vida nua.

6 CONCLUSÃO

O dispositivo definido como excepcionalismo soberano encontra no campo o seu lugar paradigmático. De acordo com Agamben, o campo é uma localização do estado de exceção. É a estrutura na qual o estado de exceção, cuja possibilidade de existência funda o poder soberano, se realiza normalmente. O espaço do campo, território separado da comunidade, se põe fora da ordem. Isso pressupõe uma separação entre *Ortung* e *Ordnung*, entre *Localization* e *Order*. É uma localização sem ordem. Mas, ao mesmo tempo, mantém uma relação com a ordem⁴³. Disso deriva que no espaço do campo se realiza, em última instância, uma confusão entre Direito e fato, entre violência e Direito, entre norma e aplicação. O Direito não pode mais operar como Direito. Portanto, quem entra no campo vive o estado de exceção, uma situação “de indistinção entre externo e interno, lícito e ilícito, na qual cada proteção jurídica é reduzida, no qual a polícia tem um poder absoluto e indiscutível de decisão.”⁴⁴

O campo também integra o mais absoluto espaço biopolítico, sendo os seus habitantes espoliados de cada estatuto político e reduzidos à vida nua.⁴⁵ Para Agamben, o campo representa o horizonte extremo das práticas governamentais do poder estatal, o lugar no qual a soberania da lei, fundada sobre a sanção e sobre a responsabilidade subjetiva, se confunde e se dissolve em prática de controle, que assume como próprio objeto não indivíduos, mas membros de categorias nacionais, raciais ou sociais percebidos preventivamente como suspeitos ou danosos por definição;⁴⁶ e nesse sentido parece claro como a função do campo não é aquela de punir quem cometeu um delito, mas a de isolar a título preventivo uma parte do corpo social sobre a base de uma presunção de periculosidade. Uma estrutura com o fim não de punição e reeducação de um sujeito culpado, mas de controle de uma população que, por dadas características e condições, é considerada perigosa e, por esta razão, é presa, capturada no interior de uma relação de bando, fechada no interior de um espaço de confinamento no qual a administração é liberada da lei para exercer completamente sua vocação governamental.

Excepcionalismo soberano é um dispositivo, isto é, uma rede de conexões entre saber, poder, instituições, que intervém sobre a vida, moldando corpos e produzindo sujeitos. De um lado, a condição de seu operar é a emergência; por meio da decisão, se produzem, estabilizam e legitimam práticas de controle excepcionais. De outro, o excepcionalismo soberano tende a estabilizar a exceção, a transformar por meio da legitimação de novas práticas a exceção como práxis para o exercício de governo. O exercício extralegal do poder estatal justifica a si mesmo por tempo indeterminado, colocando-se como fator mais ou menos permanente na vida política. Tal dispositivo introduz novas formas de controle, que resultam de uma combinação inédita de excepcionalismo e governamentalidade e na qual o direito e as instituições democráticas continuam a existir, mas são sempre mais esvaziadas, revogadas por meio de práxis governamentais.

Mas, sobretudo, o dispositivo excepcionalismo soberano nos coloca frente aos paradoxos do direito e desconstrói radicalmente a geometria política moderna e a razão que constituiu

seu pressuposto. As categorias com as quais a Política moderna construía o espaço a partir da distinção entre interno/externo, entre polícia/guerra, regra/exceção, criminoso/inimigo permitiram criar representações políticas estáveis, garantindo ao direito diferenciar-se da política e da religião e, ao mesmo tempo, imunizar-se da violência. A violência, excluída da comunicação por meio da sua inclusão na forma de desvio, constituía o pressuposto ausente do poder. O Direito pôde operar apenas ocultando o seu paradoxo constitutivo, o fato de não ter direito a ser Direito. À condição de ocultar a latência, o Direito moderno podia utilizar operativamente a distinção entre Direito e não Direito e, ao mesmo tempo, podia construir sua própria história de inclusão e reconhecimento. Nada mais que um relato entre tantos possíveis na quais o Direito se narra, se põe em frente a si mesmo e não vê nada além de si mesmo.⁴⁷⁻⁴⁸ O dispositivo excepcionalismo soberano configura-se como o espaço de um Direito que não é Direito, de uma exclusão que não dialoga mais com a inclusão, de uma violência sem *logos*. O sistema jurídico revela de modo catastrófico as próprias latências. Aquilo que aparece é o paradoxo do Direito, a forma de uma ausência de formas, a face de um mundo sem face.⁴⁹

Como vimos, esse dispositivo opera por meio da crise: ele depende da crise para existir e a (re)produz, uma vez que funciona precisamente na zona de confinamento e de indeterminação que se abre quando as categorias da política moderna são postas em xeque pela nova ordem econômica e política. E se é verdade que tais momentos e espaços eram presentes e necessários como pressupostos para o normal funcionamento da Política e do estado, eles, ao mesmo tempo, foram construídos como excepcionais. Quando, ao invés, os confins que o constitucionalismo liberal procurou estabelecer entre Política e Direito desvanecem e inclusão e exclusão se indeterminam, aquilo que era confinado ao privado, ao *oikos*, torna-se objeto privilegiado de intervenção pública. Todo o espaço político aparece então como espaço de exceção onde as formas de legitimação de poder por meio do direito e seus procedimentos são indefinidamente suspensos e onde vigora “uma força de lei sem lei.”⁵⁰

O excepcionalismo soberano, finalmente, coloca-nos frente a uma transformação do funcionamento do Direito contemporâneo. Este não mais parece ser estruturado sobre a soberania da lei, mas é cada vez mais determinado pela racionalidade técnica que pode existir sem a mediação política pensada pela tradição jurídica moderna. O Direito não estabiliza mais as expectativas, mas se orienta cada vez mais às próprias consequências, tornando-se um conjunto de técnicas de gestão do risco. As formas de legitimação das decisões, ademais, de transformam radicalmente. Se no estado constitucional de direito a decisão é legitimada por meio dos procedimentos com os quais se forma, agora a decisão se impõe na contingência de uma situação de crise. A legitimação não vem *ex ante*, mas somente *ex post*. A legitimidade da decisão depende do sucesso da intervenção que ela produz.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. Che cosa è un campo. In: _____. **Mezzi senza fine**. Torino: Bollati Boringhieri, 1996. p. 35-45.

_____. **Infanzia e storia: distruzione dell'esperienza e origine della storia**. Torino: Einaudi, 2001.

_____. **Estado de exceção: homo sacer, II**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Che cosa è un dispositivo**. Roma: Nottetempo, 2006.

ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015.

BATAILLE, G. **La sovranità**. Bologna: Il Mulino, 1990.

BENJAMIN, W. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Rio de Janeiro: Autentica, 2012. p. 9-20.

_____. Sobre a crítica do poder como violência. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Rio de Janeiro: Autentica, 2012. p. 57-82.

_____. **Il dramma barocco tedesco**. Torino: Einaudi, 1999.

BOLZ, N. Charisma und Souveranität: Carl Schmitt und Walter Benjamin im Schatten Max Webers. In: TAUBES, Jacob. **Religionstheorie und Politische Teologie: Der Fürst dieser Welt - Carl Schmitt und die Folgen**. München: Fink, 1983. v. 1. p. 254-257.

BUCI-GLUCKSMANN, C. H. Walter Benjamin et l'ange de l'histoire: une archéologie de la modernité. **L'Écrit du Temps** 2, n. 2, p. 45-85, 1983.

BUTLER, J. **Precarious life: the powers of mourning and violence**. London: Verso, 2004.

DAL LAGO, A. **Polizia globale. Guerra e conflitti dopo l'11 settembre**. Verona: Ombre Corte, 2003.

DERRIDA, J. **Forza di legge: il fondamento mistico dell'autorità**. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

ESPOSITO, R. **Immunitas: protezione e negazione della vita**. Torino: Einaudi, 2002.

FOUCAULT, M. Le jeu de Michel Foucault. In: _____. **Dits et écrits: 1976-1979**, Paris: Gallimard, 2001. v. 3. p. 299-300.

FOUCAULT, M. **Bisogna difendere la società: corso al collège de France (1975- 1976)**. Milano: Feltrinelli, 1998.

GALLI, C. **La guerra globale**. Roma-Bari: Laterza, 2002.

- GIORGI, R. de. Il diritto nella società del rischio. In: _____. **Temi di filosofia del diritto**. Lecce: Pensa MultiMedia, 2006a. p. 69-81.
- GIORGI, R. de. Diritto e reato nel secolo XXI. In: _____. **Temi di filosofia del diritto**. Lecce: Pensa MultiMedia, 2006b. p. 83-96.
- KOSELLECK, R. Crisi. In: _____. **Il vocabolario della modernità**. Bologna: il Mulino, 2009. p. 95-109.
- KOTEK, J.; RIGOUÏLOT P. **Il secolo dei campi**: Detenzione, concentramento e sterminio: la tragedia del novecento. Milano: Mondadori, 2002.
- LÖWY, M. **Redenzione e utopia**: figure della cultura ebraica mitteleuropea. Torino: Bollati Boringhieri, 1992. p. 105-135.
- LUHMANN, N. **Soziale System**: Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- NEAL, A. **Exceptionalism and the politics of counter terrorism**: liberty, security and the war on terror. London: Routledge, 2009.
- NUZZO, L. **Le anticamere del diritto**: Ordine politico ed eclissi della forma giuridica. Lecce: Pensa MultiMedia, 2008.
- RESTA, E. **La regola dell'emergenza**. In *Antigone*, I, 2006. pp. 24-35.
- RESTA, E. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- SCHMITT, C. Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità. In: _____. **Le categorie del politico**. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 29-89.
- SCHMITT, C. Il concetto di politico. In: _____. **Le categorie del politico**. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 101-167.
- SCHMITT, C. Stato, movimento, popolo. In: _____. **Un giurista davanti a se stesso**: saggi e interviste. Vicenza: Neri Pozza Editore, 2005. p. 255-312.
- STEYN, J. Guantánamo bay: the legal black hole. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 52, n. 1, p. 25-41, 2004.
- TRAVERSO, E. **A ferro e fuoco**: la guerra civile europea 1915-1945. Bologna: Il Mulino, 2007.
- WITTEGENSTEIN, L. **Della certezza**. Torino: Einaudi, 1978.

1 GALLI, C. **La guerra globale**. Roma-Bari: Laterza, 2002.

2 DAL LAGO, A. **Polizia globale**: guerra e conflitti dopo l'11 settembre. Verona: Ombre Corte, 2003.

3 FOUCAULT, M. **Bisogna difendere la società**. *Corso al collège de France (1975- 1976)*. Milano: Feltrinelli, 1998. p. 29.

4 FOUCAULT, M. Le jeu de Michel Foucault. In: _____. **Dits et écrits**: 1976-1979. Paris: Gallimard, 2001. v. 3. p. 299-300.

- 5 Sobre os aspectos temporais da observação, ver De Giorgi, 2006, p. 223-233; sobre o estado de direito, ver o mesmo De Giorgi, 2006, p. 213-222. Uma análise histórica e teórica do estado de direito se encontra nos ensaios fundamentais de Zolo, 2002, p. 17-88 e Costa, 2002, p. 89-170.
- 6 Authorization for Use of Military Force. **Public Law**, n. 107-40, 115 Stat. 224, 2001. Disponível em: <<https://www.congress.gov/107/plaws/publ40/PLAW-107publ40.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- 7 STEYN, J. Guantánamo bay: the legal black hole. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 52, n. 1, p. 25-41, 2004.
- 8 LUHMANN, N. **Soziale System: grundriss einer allgemeinen theorie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. p. 654.
- 9 BUTLER, J. **Precarious life: the powers of mourning and violence**. London: Verso, 2004. p. 50-100.
- 10 WITTEGENSTEIN, L. **Della certezza**. Torino: Einaudi, 1978.
- 11 NEAL, A. **Exceptionalism and the politics of counter terrorism: liberty, security and the war on terror**. London: Routledge, 2009.
- 12 SCHMITT, C. Teologia política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità. In: _____. **Le categorie del politico**. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 29-89. p. 34.
- 13 DERRIDA, J. **Forza di legge: il fondamento mistico dell'autorità**. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.
- 14 No sentido de «that the USA is an exception to the rule, that it need pay heed to international law or norms» tanto quanto no de «that it (USA) fears or expects no serious sanction» (A. Neal 2009).
- 15 SCHMITT, C. Il concetto di politico. In: _____. **Le categorie del politico**. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 101-167.
- 16 KOSELLECK, R. Crisi. In: _____. **Il vocabolario della modernità**. Bologna: il Mulino, 2009. p. 95-109.
- 17 RESTA, E. La regola dell'emergenza. **Antigone**, I, p. 24-35, 2006. p. 29.
- 18 RESTA, E. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- 19 BOLZ, N. Charisma und Souveranität: Carl Schmitt und Walter Benjamin im Schatten Max Webers. In: TAUBES, Jacob. **Religionstheorie und Politische Theologie: Der Fürst dieser Welt - Carl Schmitt und die Folgen**. München: Fink, 1983. v. 1. p. 254-257.
- 20 LÖWY, M. **Redenzione e utopia: figure della cultura ebraica mitteleuropea**. Torino: Bollati Boringhieri, 1992. p. 105-135.
- 21 BENJAMIN, W. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Rio de Janeiro: Autentica, 2012, p. 59-61.
- 22 Sobre isso se ler a interessante análise de Roberto Esposito in: ESPOSITO, R. **Immunitas: protezione e negazione della vita**. Torino: Einaudi, 2002. p. 34-40.
- 23 AGAMBEN, G. **Estado de exceção: homo sacer, II**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 85.
- 24 TRAVERSO, E. **A ferro e fuoco: la guerra civile europea 1915-1945**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 191-197.
- 25 AGAMBEN, G. **Estado de exceção: homo sacer, II**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 96.
- 26 AGAMBEN, G. **Estado de exceção: homo sacer, II**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 88.
- 27 AGAMBEN, G. **Estado de exceção: homo sacer, II**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 89.
- 28 BUCI-GLUCKSMANN, C. H. Walter Benjamin et l'ange de l'histoire: une archéologie de la modernité. **L'Écrit du Temps** 2, n. 2, p. 45-85, 1983. p. 67.
- 29 SCHMITT, C. Stato, movimento, popolo. In: _____. **Un giurista davanti a se stesso: saggi e interviste**. Vicenza: Neri Pozza Editore, 2005. p. 255-312. p. 256.
- 30 p. 9-20. p. 13.
- 31 BENJAMIN, W. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Rio de Janeiro: Autentica, 2012. p. 9-20. p. 13.
- 32 AGAMBEN, G. **Infanzia e storia: distruzione dell'esperienza e origine della storia**. Torino: Einaudi, 2001. p. 108.
- 33 AGAMBEN, G. **Infanzia e storia: distruzione dell'esperienza e origine della storia**. Torino: Einaudi, 2001, p. 108.
- 34 FOUCAULT, M. **Bisogna difendere la società: corso al collège de France (1975- 1976)**. Milano: Feltrinelli, 1998.
- 35 ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015. p. 391.
- 36 FOUCAULT, M. **Bisogna difendere la società: corso al collège de France (1975- 1976)**. Milano: Feltrinelli, 1998. p. 165.
- 37 BATAILLE, G. **La sovranità**. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 66.
- 38 AGAMBEN, G. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- 39 AGAMBEN, G. **Estado de exceção: homo sacer, II**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- 40 AGAMBEN, G. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 14.

- 41 AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 35.
- 42 AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 173.
- 43 AGAMBEN, G. Che cosa è un campo. In: _____. **Mezzi senza fine**. Torino: Bollati Boringhieri, 1996. p. 35-45. p. 37.
- 44 AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 177.
- 45 AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- 46 KOTEK, J.; RIGOUÏLOT P. **Il secolo dei campi**: Detenzione, concentramento e sterminio: la tragedia del novecento. Milano: Mondadori, 2002. p. 9.
- 47 GIORGI, R. de. Il diritto nella società del rischio. In: _____. **Temî di filosofia del diritto**. Lecce: Pensa MultiMedia, 2006a. p. 69-81.
- 48 GIORGI, R. de. Diritto e reato nel secolo XXI. In: _____. **Temî di filosofia del diritto**. Lecce: Pensa MultiMedia, 2006b. p. 83-96.
- 49 NUZZO, L. **Le anticamere del diritto**: ordine politico ed eclissi della forma giuridica. Lecce: Pensa MultiMedia, 2008.
- 50 DERRIDA, J. **Forza di legge**: il fondamento mistico dell'autorità. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

EXCEPTION AS A GOVERNMENT RESOURCE

ABSTRACT

Through the discussion of the ideas of Carl Schmitt and Walter Benjamin, Michel Foucault and Giorgio Agamben, this article aims at analyzing the workings of a government resource that uses exception as the norm. This resource is defined as “sovereign exceptionalism” and introduces new forms of control, that result from a combination that was previously unheard of between exceptionalism and governability in which the Law and democratic institutions continue to exist, but they are always emptier, revoked through governmental praxis. Sovereign exceptionalism ultimately reveals the paradox of the Law and radically deconstructs the modern political geometry and the reason that built its tenet.

Keywords: Crisis. Sovereignty. Biopower.

Submetido: 7 jun. 2017
Artigo convidado

POR UMA ECOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS^{1, 2}

Raffaele De Giorgi*

1 Introdução. 2 Os direitos da razão e as razões dos direitos: os catálogos de direitos como esquemas de inclusão. 3 Os catálogos dos Direitos Humanos. 4 A função evolutiva dos Direitos Humanos e o excedente da alteridade. 5 Ambiente externo e ambiente interno da sociedade. 6 Não-lugares de não-pessoas e a hipertrofia dos direitos humanos. 7 A ordem do mundo de uma sociedade heterarquica. 8 Conclusão: ecologia dos Direitos Humanos. Referências.

RESUMO

Este artigo traz a discussão sobre os Direitos Humanos e como são caracterizados por grandes expectativas às quais correspondem sistemáticas desilusões. Nessa perspectiva faz uma reflexão realista sobre a invenção do indivíduo como sujeito unitário, racional e livre, ao mesmo tempo que permite a compreensão da estrutura semântica que tornou possível a elaboração dos Direitos Humanos na sociedade moderna; sua função e contribuição especial para a evolução da sociedade. Pretende ainda refletir sobre o caráter específico da função dos Direitos Humanos, sobre os paradoxos da sua semântica, sobre o seu contributo à produção de alteridade e o excedente dessa produção. Assim, o trabalho propõe mostrar o horizonte de uma possível ecologia dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sociedade Moderna. Invenção do Sujeito. Alteridade. Ecologia.

1 Tradução do italiano, por: Diego de Paiva Vasconcelos (CV: <http://lattes.cnpq.br/5892231067274303>); Aparecida Luzia Alzira Zuin (CV: <http://lattes.cnpq.br/1584841068017210>); Ulisses Schwarz Viana (CV: <http://lattes.cnpq.br/5011240224774863>).

2 Este artigo retoma e amplia a Conferência proferida no II Congresso Internacional de Direito, Cidade e Meio Ambiente na Amazônia: *Do Inferno Verde ao Inferno Urbano*: Perspectivas para o País, o Estado e a Cidade do Futuro, Porto Velho, Rondônia, 10 agosto 2015.

* Professor titular de Teoria Geral do Direito, Sociologia do Direito e Filosofia do Direito da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Salento, em Lecce, Itália. É também diretor do Centro dos Estudos do Risco, fundado em parceria com o sociólogo alemão Niklas Luhmann. Professor Visitante da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor Visitante no Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, Deutschland (2001-2004), Wilhelms Universität Münster, Humboldt Stiftung, Deutschland (2000; 1996; 1991; 1983- 84); Universität des Saarlandes – Institut für Rechts- und Sozialphilosophie, Saarbrücken, Deutschland (1972-1979). Conduz muitos estudos e seminários na América meridional, onde desenvolve estudos e preside a Cátedra de Excelência na Universidade Nacional Autônoma de México (1997-98); desde 2007 até 2011 foi Diretor da Faculdade de Jurisprudência, ano em que foi nomeado diretor de Departamento dos Estudos jurídicos da Universidade de Salento, Itália. É um dos maiores estudiosos italianos na Teoria dos Sistemas Sociais, tendo trabalhado com Niklas Luhmann e publicado em parceria com o seu mestre a *Teoria da Sociedade*, no ano de 1992. E-mail: <raffaeledegiorgi@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

A literatura sobre os Direitos Humanos, ainda que seja concluída, apresenta, todavia, características constantes: manifesta expectativas que oscilam entre a esperança e a resignação, entre desilusão do presente e certeza de futuros melhores. Os Direitos Humanos vêm sendo tratados como garantias do reconhecimento da individualidade dos indivíduos, de sua dignidade, de sua liberdade, de sua impossibilidade de repetição da pessoa humana.¹ Deles se derivam os princípios da propriedade, da igualdade, da proteção contra o Estado, e depois da proteção por parte do Estado. Em seguida pode-se encontrar a violação sistemática desses direitos, e assim se justificam os apelos para que venham respeitados. No nível mais alto das pretensões, protesta-se pela obtenção de sua juridicização.²

No entanto, ocorre o que ocorre. Por exemplo, ocorre que os Direitos Humanos puderam coexistir por séculos com a velha escravidão;³ ocorre que não obstante as numerosas declarações, essas coexistem com as formas atuais da escravidão: com os mortos do Mediterrâneo, com a guerra cotidiana em cidades como o Rio de Janeiro, com as crianças que morrem exploradas nos navios de pesca do mar da China e com os adultos que aos milhares morrem neste país pelo estresse do trabalho a que são submetidos,⁴ com os campos de detenção dos imigrados, com aquele defeito de cor que nos Estados Unidos leva a polícia a disparar contra os jovens negros que correm pelas ruas; aqui na Amazônia possam coexistir com o *Plano emergencial que deveria fortalecer os indígenas para que pudessem resistir ao impacto de Belo Monte*. E ocorre que, não obstante seu caráter teológico e messiânico, os Direitos Humanos coexistem com a mais universal violência legítima que tem sempre se abatido sobre o globo terrestre, como aquela que vivíamos desde o início dos anos 90 do século XX, que sempre continua e de modo mais atroz e se justifica com a necessidade de exportar a democracia ocidental.

Queremos refletir sobre os Direitos Humanos a partir de um modo mais realístico, queremos nos indagar qual é a sua função,⁵ queremos ver como operam e queremos tomar a sério o significado dos termos que vêm utilizados quando se fala, exatamente, de Direitos Humanos. Em outros termos, queremos nos indagar: *o que está por trás?*

2 OS DIREITOS DA RAZÃO E AS RAZÕES DOS DIREITOS: OS CATÁLOGOS DE DIREITOS COMO ESQUEMAS DE INCLUSÃO

Os Direitos Humanos são uma herança do velho Direito Natural.⁶ Eles funcionam de um modo estranho: se ativam quando o Direito se livra de seu vínculo com a natureza, mas, recorrem à natureza para justificar a sua universalidade. São uma herança que se materializa quando as razões do Direito não são mais determinadas pela qualidade das pessoas, que são, precisamente, naturais, mas se fixam na *razão*. *O Direito encontra finalmente as suas razões na universalidade da razão*.⁷ Essa grande aquisição se realiza na Europa já no século XVII. Essa

nova determinação racional do Direito torna-o acessível a todos; todos podem ser titulares de direito à condição de que cada um seja capaz de acessar o direito. Ser capaz a acessar o direito significa ser *senhor de si*, como dirá Kant.⁸ O direito é atribuído e reconhecido, é uma demarcação que determina o espaço da ação dentro da qual o agir é lícito. A razão fornece os critérios que permitem, ao mesmo tempo, universalizar e especificar esse direito.

Para que tudo isso seja possível é necessário que aqueles aos quais o direito possa ser atribuído, os titulares do direito, sejam considerados não mais como *objeto* do direito, mas como *sujeitos de direito*. Somente sujeitos racionais são capazes de exercitar o direito. Como se vê, aqui estamos diante de um paradoxo – porque também o direito subjetivo é sempre um direito objetivo, como dirá Kelsen,⁹ isto é, um direito que constrói como seu objeto o sujeito que é autorizado a exercitá-lo –, mas o paradoxo é muito frutífero. Para que esta operação da construção do sujeito possa funcionar, por sua vez, será necessário que os sujeitos de direito sejam considerados como indivíduos, como individualidades, como diferenças, como particularidades. Ou seja, devem ser tratados pelo Direito na sua integralidade, na sua totalidade. Somente assim as ações poderão ser imputadas aos singulares, isto é, aos indivíduos, a complexos unitários que não podem ser divididos.¹⁰ Estes complexos unitários, chamados de indivíduos, precisamente, podem coordenar as ações e estabelecer relações entre fins e meios, isto é, podem ser sujeitos de um agir racional. Naturalmente o sujeito da imputação deverá ser pressuposto como livre, diversamente a ação não lhe poderia ser imputada.

Essa invenção do indivíduo como *sujeito unitário, racional e livre* terá particular relevância na futura construção dos catálogos de Direitos Humanos. O complexo das atribuições e dos requisitos que são necessários para a representação unitária do destinatário da imputação será recolhido ao interior de uma concha protetora: esse invólucro poderá ser facilmente utilizado como referência da comunicação; isso se chama *pessoa*.¹¹ A pessoa é uma exterioridade da comunicação que oculta a diferença das particularidades. A pessoa é, precisamente, uma máscara, de acordo com a correta etimologia latina.

O velho Direito Natural não podia funcionar mais como um vínculo normativo à construção das expectativas dirigidas ao futuro, porque se consumava a força legitimante da ideia de natureza sobre a qual ele próprio podia ser construído. Agora se dirá que a *natureza* do indivíduo é aquela de ser um *sujeito racional*. A obra de Cartésio havia desenhado o perfil dessa individualidade do sujeito. Para que o mundo não seja despedaçado pela ameaça do mal que podia ser causado pelas ações dos indivíduos, é necessário que a razão se conserve e a autoconservação da razão se realize por meio do agir racional¹² do indivíduo. Por isso, os indivíduos racionais encontram um acordo recíproco na base do qual se fixam os espaços do recíproco reconhecimento do agir de cada um. O racionalismo havia elaborado o esquema do contrato social: de acordo com esse esquema os indivíduos deveriam ser pensados como capazes de se vincular e de respeitar as condições do pacto. Essas condições legitimavam o poder e impunham tratar os particulares como indivíduos. Em outros termos, estava consu-

mada a estrutura da velha estratificação social e no horizonte se perfilava uma sociedade que não tolerava mais a centralidade e a verticalidade, assim como não tolerava mais a ordem das castas e a ordem das corporações.

Essa forma da sociedade se chama *sociedade moderna*:¹³ a qual era exposta às ameaças particulares, era exposta às resistências, aos riscos de involução que provinham da velha ordem; para resistir a essas pressões deveria ser *estabilizada*. A estabilização deveria poder manter a nova norma das ações e, assim, para evitar as ameaças do passado, deveria abrir-se ao risco do futuro.

3 OS CATÁLOGOS DOS DIREITOS HUMANOS

Os catálogos dos Direitos Humanos fornecem esquemas de referência úteis para a estabilização das possibilidades do agir nessa sociedade moderna, quais sejam: do agir político, do agir jurídico, do agir econômico; esses são esquemas da inclusão de todos no universo das possibilidades do agir. Essa inclusão universal, de fato, é o correlato da universalidade da razão. Deve estar claro, contudo, que a inclusão de todos se torna possível porque a seleção dos espaços reais do agir é confiada a cada sistema social. A autoconservação da razão, na realidade, significa que isso que se conserva são *as razões* de cada sistema social. A função da universalidade da razão torna possível o acesso, mas a seletividade das possibilidades do agir é a seletividade evolutivamente alcançada por cada um dos sistemas sociais.

Os Direitos Humanos têm a função de manter abertas as possibilidades de inclusão: deixam abertos os espaços entre os quais se realizarão as modalidades reais de inclusão, as quais, repetimos, são confiadas a cada um dos sistemas sociais da sociedade moderna. Por isso se diz que os Direitos Humanos são *garantias*, porque nada podem em relação à gestão real da inclusão e de suas consequências. Fixam as condições de generalização, ou seja, da indiferença em relação ao caso específico: a dignidade é intocável, de acordo com o primeiro artigo da Constituição alemã. Mas a medida de um tratamento penitenciário “digno” é fixada pelo Direito Penal. Se um réu é construído como altamente perigoso, pode ser mantido em uma cela de isolamento de dois metros quadrados, com a luz acesa por vinte e quatro horas e privado da possibilidade de falar. Ou então pode ser esquecido em Guantánamo. A dignidade não é tocada. E não é o caso de recordar qual seja a cor da pele da dignidade, ou quais sejam as suas orientações sexuais. A dignidade é vulnerabilíssima, por isso é “intocável”. E quando os sistemas sociais parciais “tocam-na”, há sempre um fator da seleção que abaixa ou levanta o nível da “intocabilidade”.

Dignidade,¹⁴ então, é aquele reconhecimento que é atribuído a cada um que seja e que lhe permite acessar a comunicação social sem que a sua participação prejudique ou interrompa a continuidade da própria comunicação. Dignidade, então, é um esquema da autorrepresentação que permite aos indivíduos se sentirem *pessoas*, isto é, indiferenças que

podem afirmar sua diferença, que, por sua vez, lhes permite não serem confundidos com outras indiferenças; todavia, a tolerabilidade da diferença é objeto de seleção por parte da estrutura de qualquer sistema social. Em um clima que preanunciava o Nazismo na Alemanha dos anos trinta, do século XX, quem praticava o homossexualismo era condenado com base na aplicação de uma velha lei sobre a tutela da raça e do sangue germânico. Não é diferente do que ocorre com a “igualdade”.¹⁵

Os Direitos Humanos são considerados como um direito superior. Na realidade ocupam o espaço intermediário que separa, mas se pode também dizer acopla, o Direito e a Política.

Aos Direitos Humanos se atribui uma posição privilegiada por meio da sua fundação sobre um valor. Os valores, na verdade, são apresentados como absolutos, ou seja, como *exclusivos*. Na realidade, porém, aquilo que torna absolutos os valores é o fato de que, na sua paradoxal fundação, se exclui a outra parte, aquela parte que é simplesmente negada e que faz aparecer o valor como único. *Igualdade*, por exemplo, é apenas uma parte de uma distinção da qual a *desigualdade* é a outra parte. Uma não pode existir sem a outra. Se observa-se isso que vem ocultado por meio do paradoxo da igualdade, vê-se que igualdade e desigualdade crescem simultaneamente. Também os sistemas sociais operam do mesmo modo: cada sistema reconstrói o mundo a partir de sua perspectiva e, por consequência, na sociedade moderna cresce ao mesmo tempo, seja a inclusão, seja a exclusão.

4 A FUNÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E O EXCEDENTE DA ALTERIDADE

Se a função real dos Direitos Humanos consiste na realização das condições que estabilizam a forma da modernidade da sociedade moderna, então não se pode, por certo, negar que tenham uma *função evolutiva*: bloqueiam a involução, impedem que o passado inunde o presente com seus detritos. Sabemos, de fato, que evolução social sempre produz destruição. Esta acumula escombros: é assim que o passado aparece na evolução, como lugar no qual se acumulam escombros, detritos. Os Direitos Humanos, assim, realizam espaços de possibilidade para que a evolução não destrua a si mesma, mas aja de modo a reproduzir condições evolutivas. A garantia de subsistência dessas condições evolutivas depende do fato de que na sociedade se rompa a cadeia de determinações: também essa ruptura, naturalmente, é o resultado que se produz na evolução. Às determinações se substituem *possibilidades*.¹⁶ A modernidade não é outra coisa senão o resultado dessa transformação, cuja transformação se torna condição da abertura de um particular horizonte: trata-se do horizonte no qual a *improbabilidade se transforma em possibilidade*. Quando aquele horizonte se delineia, a evolução abre o caminho para si mesma. É claro que a transformação da improbabilidade em possibilidade evolutiva se realiza por si. Entretanto, na sociedade devem existir dispositivos que realizam as condições de possibilidade dessa transformação.

Ora, o esquema dos Direitos Humanos contribui à produção de condições cujas improbabilidades evolutivas se transformam em possibilidade. O mecanismo pode ser descrito deste modo: o agir dos indivíduos, assim como o agir dos sistemas sociais, é continuamente exposto à contingência, ou seja, *é aberto sempre às possibilidades sempre diversas*, as quais todas devem estar acessíveis: podem ser condicionados, mas não podem ser determinados. Porém, também o condicionamento ao qual estão submetidos aumenta a necessidade de procurar alternativas, isto é, aumenta a contingência. Porque cada tratamento da contingência produz outra contingência. *E contingência significa possibilidade daquilo que é outro*. É aqui que o esquema dos Direitos Humanos funciona como técnica de abertura ao futuro e, assim, como técnica da transformação de improbabilidades em possibilidades evolutivas.

O que significa tudo isso? Significa que o esquema dos Direitos Humanos contribui para a estabilidade da sociedade moderna porque deixa aberto o espaço para a contínua produção do *outro*, para a contínua emergência *daquilo que é outro*. O esquema dos Direitos Humanos garante o funcionamento da estrutura típica dessa sociedade, a qual assegura a si mesma a contínua produção de um *excedente de alteridade*. Nosso tema, então, *é esse excedente de alteridade*.

Quando nos anos 1600 foi delineado o perfil da razão, emergiu a possibilidade de todos acessarem-na. Essa possibilidade permitia combater o privilégio. Todos podiam servir-se da razão para orientar suas ações e usar o agir racional orientado ao fim como técnica de inclusão, como requisito para obter o reconhecimento. Mas, ao mesmo tempo emerge a outra parte da razão, *la déraison*: para proteger o perfil da razão, era necessário indicar os modos de ser da *déraison*. E foi assim que se tornou manifesta a ameaça da *déraison* e a multiplicidade de suas manifestações. Foi assim também que se viu quão grande era o espaço da ação que podia ser ocupado pela *déraison*. Um *excedente de alteridade*. Explica-se desse modo o fato de que a invenção da razão moderna teve como sua real consequência a grande *internação* da qual fala esplendidamente Foucault.¹⁷ A *internação* em massa se justifica com a necessidade de proteger a razão. No entanto, no universo da inclusão, aquilo que deve ser protegido é a razão do Direito, a razão da Economia, a razão da Política. São essas *as razões da razão*.

É claro que a indicação de uma parte exclui a outra parte. A *déraison* como a outra parte da razão, deve ser mantida à parte, deve ser excluída, deve ser ocultada. A razão tem sua razão de ser na sua unicidade, ou seja, na sua identidade consigo mesma. *Identidade*, dizia Luhmann, é manter o outro à distância. Aquilo que é *outro de si mesmo* é tratado como aquilo que é *outro*, nesse sentido, deve ser mantido à distância. A razão, que é o *si mesmo*, não tolera a simultânea presença do outro. Uma vez inventada a razão, a outra parte se torna um problema, ao qual se responde com a grande *internação*. Uma situação que ninguém transformou em grande motivo literário como Machado de Assis, na obra *O Alienista*.

A velha metafísica e a velha ontologia tratavam a *alteridade* como *não-ser*, como *negatividade*. A sociedade moderna, em vez disso, constrói a *alteridade* como correlato das operações

seletivas de cada um dos sistemas sociais. Como aquilo que deve ser mantido à distância. Porque somente ao manter-se à distância se torna visível a identidade. Mas torna possível também o tratamento da alteridade. Qualquer tratamento será sempre justificado, assim como será sempre justificada a expectativa do outro de ser objeto de tratamento.

Quando Ginés de Sepúlveda sustentava que os índios eram *bestas feras* utilizava argumentos da velha metafísica. A Bula *Veritas ipsa* de Paulo III, de 1537, em vez disso, utilizou argumentos mais modernos: a Bula define os índios como *homines veri*; com essa definição, porém, pretende negar que os índios fossem *fera bestia* porque assim se podia motivar a sua capacidade de ser cristianizados, no que se refere à sua liberdade. Desse modo a Bula pretende dar a entender que não se deve ter os índios como escravos e que não lhes deveriam ser subtraídas suas coisas. Mas, o mais interessante, o fato de que a Bula não se ocupou da questão da *racionalidade* dos índios, em nenhum momento essa questão é de fato tratada. Não se colocou essa questão como problema. O Papa se preocupou sobre o tratamento dos índios somente para fins de inclusão no sistema da religião, contudo *não exatamente de sua inclusão no sistema da sociedade*. Não é o caso de maravilhar-se se na metade dos anos cinquenta do século passado a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha trabalhado na interpretação da doutrina *separate but equal*.

Retornemos aos índios: assim construídos, são *excedentes da comunicação social*. São natureza, são ambiente externo da sociedade. Contudo, quando eles reagiram à espoliação das terras, quando ocupam as terras que sempre foram deles, quando se opuseram à redução à escravidão, então tiveram que ser *reconhecidos*: reconhecidos como *outro*. Eles não serão mais *natureza*, mas, por meio do reconhecimento, tornaram-se *alteridade construída pela razão ocidental*: a razão do Direito, a razão da Economia; a razão da Política. Somente então, tiveram uma cultura, puderam ser tratados enquanto tal, puderam ser objeto de tutela, de garantias, ou confiados à filantropia. Por tudo isso, demorou pelo menos dois séculos para que os índios como natureza fossem dizimados, como árvores que são abatidas por motivos comerciais, como terras desflorestadas.

Como alteridade construída, tornam-se ambiente interno da sociedade, como a *dérraison*: eles podem ser não-proprietários, não-aculturados, não-cidadãos, não-sãos, não-civilizados. São, em outros termos, alteridade que excede e que torna possível a identidade de qualquer coisa, da qual *são a outra parte*. O esquema dos Direitos Humanos dispõe de malhas suficientemente largas para que através delas possam passar diferentes alternativas. Naturalmente, deve estar claro que os índios não são apenas inventados como índios, mas continuamente reproduzidos como índios. Ocorre que agora são índios brasileiros ou índios mexicanos, índios que votam e, provavelmente, índios que vão à escola. São alteridades diferentes, mas são sempre *excedentes* que podem ser tratados.

A Terra também é, naturalmente, a fonte da produção de excedente de alteridade. Vejamos: até quando a Amazônia era natureza, era floresta, constituía-se somente de uma

fonte de produção de oxigênio para todo o globo terrestre. Mas, quando a Amazônia passa a ser tratada como espaço civilizado pela Política, pelo Direito e pela Economia, então a Terra se torna propriedade, adquire valor, converte-se em espaço do agir racional: e a razão do Direito exclui os não-proprietários, inclui os ocupantes, as populações *são* tratadas de modo diferenciado, os elementos que integram as comunidades são tratados como indivíduos, complexos unitários tornam-se personalidade jurídica. Nessa perspectiva, também a razão da Economia deve utilizar a diferença entre aquilo que tem valor e o que não tem valor, ou então, entre ter dinheiro e não-ter dinheiro. É assim que os habitantes, do mesmo modo inventados como sujeitos racionais, tornam-se *excedente*. Tornam-se qualquer coisa diferente da natureza. Tornam-se uma construção jurídica. E de tal construção se poderá discutir se, para o propósito de sua inclusão, deverá ser tratada de um modo ou de outro.

Assim a Terra, mais que frutos, produzirá *excedente de alteridade*. A Terra poderá ser ocupada, transmitida por herança, tornada produtiva ou transformada em reserva, ou então utilizada para a construção de grandes obras ou de grandes cidades. Tudo isso será um *excedente* que poderá ser tratado de qualquer modo. Nesses termos, a Amazônia pode ser desflorestada, uma Amazônia atravessada por centrais hidroelétricas, uma Amazônia de povos em fuga, uma Amazônia que vive, uma Amazônia que morre. De uma parte a natureza humana, animal, vegetal ou mineral, da outra uma natureza que se torna ambiente da sociedade.

5 AMBIENTE EXTERNO E AMBIENTE INTERNO DA SOCIEDADE

Sobre o ambiente da sociedade merece mencionar sobre “urbanizar”. Urbanizar significa transformar o ambiente externo da sociedade em ambiente interno da sociedade. Significa transformar aquele que é dado como natureza, naquilo que é construído como artificial.

A primeira distinção que se constrói simultaneamente com a construção da cidade é a distinção entre *centro* e *periferia*. Todavia, essa distinção não diferencia somente lugares, ela diferencia a sociedade, diferencia funções sociais: ela transforma espaços urbanos em *periferias da sociedade*. Aqueles que construíram a cidade, e para tal construção se utilizaram das mãos, se diferenciam daqueles que para construir a mesma cidade se utilizam das finanças. Essa diferença centraliza alguns e faz periferia dos outros. Com respeito ao centro, a periferia é um *excedente*, periferia é alteridade, deve ficar de fora, mas pode ser objeto de tratamento, ou seja, de inclusão condicionada. Ela pode ser tratada como periferia com base na cor, como destinatária da alocação dos excedentes da cidade, do ponto de vista alimentar, higiênico, sanitário, escolar e político. Mas, por meio de um processo de externalização que é determinado pela estrutura das periferias da sociedade, a periferia urbana se torna facilmente espaço de alocação dos resíduos do passado, torna-se teatro de uma espécie de “economia moral”¹⁸, espaço de alocação do crime, da violência. Nas periferias, de fato, há sempre integração entre os indivíduos. Essa integração depende do fato de que nas periferias criam-se condições de estreita dependência entre os indivíduos:

cada um depende de algum outro que depende sempre de algum outro. As prestações sociais podem ser satisfeitas somente por meio de ajuda recíproca. Por meio de apoio dos membros da família, da vizinhança, daqueles que têm mais meios à disposição e os utilizam para construir cadeias de dependência. É claro que o apoio daqueles que têm mais força e podem utilizá-la para construir hierarquias da dependência torna-se fator daquela forma estreitíssima da interação que se manifesta como criminalidade organizada. Como se pode ver facilmente, esse *excedente de alteridade* se produz no espaço de ação dos Direitos Humanos. Ninguém poderá afirmar que viver na periferia é uma violação da dignidade, ou que a um índio expulso de sua terra seja impedido o exercício de um direito. A escravidão foi juridicamente abolida no fim do século XIX, nesses termos os trabalhadores são livres, como dizia o socialismo daquele mesmo século, para vender a alguém sua força de trabalho. Mas, como as *favelas* do Rio de Janeiro, no Brasil, se explicam com a abolição da escravidão, do mesmo modo aquelas que circundam Brasília se explicam com a construção da cidade: aqueles que construía, depois do trabalho se tornavam materialmente inutilizáveis, excesso para deixar de fora, tornavam-se ambiente da cidade, precisamente.

Do mesmo modo a violenta espoliação das terras das comunidades indígenas na Amazônia justifica-se com o desenvolvimento que deve ser assegurado pela energia produzida pelos monstros das centrais hidrelétricas. Por exemplo, na realização do monstro de Belo Monte, Altamira - PA, com a organização de um conhecido *Plano Emergencial*, cuja execução, na ausência de organismos públicos, é confiada à empresa privada *Norte Energia*. “O *Plano Emergencial* tinha como objetivo criar programas específicos para cada etnia, para que os indígenas estivessem fortalecidos na relação com Belo Monte. A ideia é que os índios se empoderassem, para não ficar vulneráveis diante do empreendimento.”¹⁹

Em uma esplêndida entrevista concedida em 2014 ao diário *El País*,²⁰ o membro do Ministério Público Federal, Thaís Santi, assim descreve o espetáculo que pode pessoalmente assistir:

A filantropia, os biscoitos recheados, os refrigerantes, a coca cola, o chocolate para as crianças. “Era como se fosse um pós-guerra, um holocausto. Os índios não se mexiam. Ficavam parados, esperando, querendo bolacha, pedindo comida, pedindo para construir as casas. Não existia mais medicina tradicional. Eles ficavam pedindo. E eles não conversavam mais entre si, não se reuniam. O único momento em que eles se reuniam era à noite para assistir à novela numa TV de plasma. Então foi brutal. E o lixo na aldeia, a quantidade de lixo era impressionante. Era cabeça de boneca, carrinho de brinquedo jogado, pacote de bolacha, garrafa pet de refrigerante.

Os índios em fila diante dos escritórios da Norte Energia, sem saber o que perguntar, porque para eles já lhe havia sido retirado tudo que tinham e queriam ter somente aquilo que sempre haviam tido. Thaís narra:

Esse grupo de recente contato estava comendo bolachas e tomando refrigerantes, estava com problemas de diabetes e hipertensão. Mas o meu impacto mais

brutal foi quando eu estava tentando fazer uma reunião com os Arara, e uma senhora, talvez das mais antigas, me trouxe uma batata-doce para eu comer.

É dessa maneira que os habitantes das terras são transferidos; seus usos e costumes são acuradamente salvaguardados; pelo respeitoso tratamento das comunidades são elaborados grandes projetos, as grandes empresas de construção se comprometem por contrato com o Governo Federal a ocupar-se das exigências dos novos marginalizados exatamente para evitar que sejam marginalizados.

6 NÃO-LUGARES DE NÃO-PESSOAS E A HIPERTROFIA DOS DIREITOS HUMANOS

A estrutura da diferenciação da sociedade moderna considera racional utilizar pequenas diferenças para produzir as grandes diferenças e externalizá-las. Desse modo reúne no seu interior formas de uma estabilização evolutivamente útil. As grandes metrópoles do mundo²¹ deixaram crescer em seu interior os conhecidos *slums* que já reúnem milhões de pessoas. Cidades como Jacarta, como Mumbai, como Cidade do México são ocupadas por monstruoso *excedente de alteridade*. Na Etiópia, 75% da população vive em *slums*. Na mesma direção, quatro milhões de sírios estão em fuga; quando param estão acampados em pequenos cantos de uma terra que queima. Milhões de corpos, milhões de não-pessoas, grande parte das quais não tem existência social, porque não tem existência jurídica; não tem endereço, não são cidadãos, como se diz com eufemismo que já perdeu sua nobreza. Estas não-pessoas são mantidas diante da porta da lei, como no maravilhoso conto de Kafka, mas em um sentido diverso de tantos sentidos que frequentemente são atribuídos à metáfora kafkiana do camponês: aqui a porta da lei diante da qual envelhecem as *não-pessoas* não tem nenhum caráter messiânico. Aqui a lei é o sistema do Direito moderno o qual, obviamente, não vê que não vê aquilo que não vê. Um corpo não é um indivíduo, assim como um *não-indivíduo* não é uma pessoa. Sem qualificação jurídica, isso é, sem a atribuição de um reconhecimento jurídico, a pessoa, isso é, o invólucro das atribuições é privado de conteúdo. E um invólucro privado de conteúdo não existe. O *slum*, então, é um *não-lugar* de *não-pessoas*. Assim como diante de uma central hidroelétrica um índio é uma não-comunidade e uma não-comunidade ocupa um não-território.

Pode compreender-se agora porque ao camponês de Kafka²² que está para morrer e, depois de haver esperado a vida inteira para entrar na lei, não pode mais esperar, o guardião da lei pode dizer: esta porta estava aberta somente para ti. Agora vou e fecho-a. A alteridade deve restar na antessala da lei – para usar uma interessante expressão de L. Nuzzo: a alteridade pode sempre entrar, mas desse modo se produzirá outra alteridade.

Os Direitos Humanos, em outras palavras, regulam a abertura e o fechamento ao mesmo tempo. Por isso, têm características paradoxais. Diz-se que, quando são colocados

na forma do valor, adquirem fundamentos estáveis. Uma afirmação privada de sentido. Se isso tivesse sentido, como se poderia fazer uma comparação de “valores”? O que significa “ponderação”²³ de valores? Quem é o observador que pode decidir se o valor *propriedade* tem mais valor que o valor *dignidade*? Em relação a este, o valor do valor da *vida*? Vejamos: no ano 2014, na zona norte do Rio de Janeiro, mil e setecentos policiais liberaram um terreno que era de propriedade da *Oi*; o terreno já estava abandonado há muitos anos, eram espaços livres e galpões decadentes, e estava ocupado por cinco mil pessoas, muitas das quais eram “moradores de rua”; muitas outras, ao contrário, viviam nas ruas por efeito do incremento dos custos dos aluguéis nas favelas, que se verificava em toda a cidade em consequência da Copa do Mundo.

Como pode o observador avaliar o *valor do valor* propriedade como *mais alto* ou como *primário* em face do *valor do valor* vida ou dignidade ou igualdade? Os Direitos Humanos são sempre respeitados. O observador posto no interior da sociedade vê aquilo que vê, ameaça à forma da diferenciação social; assim, o ambiente externo da sociedade que ameaça suprimir a diferenciação. O observador vê o que vê. Se se viola o direito de propriedade, se danifica a economia, o mercado, a livre circulação de bens, rompe-se a diferença entre público e privado. E poderíamos continuar, naturalmente. Mas nada de tudo isso pode ser tolerado, dado que o espaço dos Direitos Humanos é suficientemente flexível: uma vez restabelecidas as condições da diferenciação, aquele espaço pode ser reaberto, alargado, estendido em outro modo, por exemplo, por meio da intervenção do sistema político.

Aquilo que caracteriza o Direito moderno é o alto nível da *artificialidade da qualificação jurídica*. O grande jurista alemão F. Carl von Savigny podia dizer que o sistema do Direito é resultado da Lógica e da Filosofia.²⁴ Aquilo que antes vinha elaborado por meio de uma filosofia da natureza, ou ainda, por meio das determinações dos gêneros e das espécies, agora vem determinado da natureza da coisa. Mas a *coisa* é agora somente uma coisa jurídica, um construto lógico conceitual por meio do qual o Direito deriva outros construtos lógico-conceituais. O índio, o *shum*, a favela, o homossexual, o negro, o náufrago, o requerente de asilo tornam-se um problema quando são inventados como construtos lógico-conceituais. Enquanto estão na antessala da lei, o Direito não os vê. Quando eles cruzam a soleira da porta da lei o Direito os constrói como *sua realidade*. Como *realidade do Direito*, não como realidade no sentido *comum* do termo.

A forma dos Direitos Humanos, então, pode ser definida como um esquema que permite ao Direito expor-se à contínua evolução, isto acontece porque a moldura dos Direitos Humanos deixa aberta ao Direito a possibilidade de alcançar níveis sempre mais altos de artificialidade, níveis sempre mais refinados de sedimentação jurídica da comunicação social: aquela moldura deixa ao Direito a possibilidade de elaborar tecnologias conceituais sempre mais complexas. Isso ocorre também porque aquela moldura reabre continuamente o espaço social destinado ao sistema político.

A evolução do Direito, assim como a estabilização evolutiva da forma da diferenciação social, também constitui as características mais relevantes da modernidade, que são limitadas a uma parte dos países que ocupam o globo terrestre e são realizadas em modalidades diferentes. A forma do catálogo dos Direitos Humanos se coloca no espaço intermediário entre o sistema jurídico e o sistema político. Aqueles direitos estão expostos seja à Política, seja ao Direito, o que significa que são caracterizados por uma alta sensibilidade nos confrontos de ambos. Ora, se a modernidade produz continuamente excedentes de alteridade, e se o Direito usa esses excedentes para produzir Direito, então a produção de alteridade é imparável.

A gestão da alteridade sempre foi uma gestão confiada ao sistema político, o qual, na sua história agiu de modos diferentes, adotou políticas de inclusão, ameaçou o Direito, moralizou a Economia, como acontecem com aquelas políticas que se chamam neoliberais: fazem guerras e depois firmam os tratados de paz para continuarem em paz com as suas guerras. O século passado viu grandes tragédias nas quais, sem tanta vergonha da história, consumaram-se as decisões políticas sobre a gestão dos excedentes de alteridade.

E com aquelas decisões se consumaram também as ilusões sob a forma do poder moderno e de seu Direito. Porém, aqueles excedentes não eram excedentes produzidos pelo normal funcionamento da diferenciação da sociedade. Na última parte da segunda metade daquele século, realizaram-se condições que no presente tornaram impossíveis a gestão política do excedente de alteridade. E, assim, abre-se o espaço para uma hipertrofia dos Direitos Humanos: fala-se muito, fala-se continuamente, cada pretensão é formulada com o recurso a eles; assim, pretende-se que o Estado lhes afirme contra o Estado e contra as corporações, pretende-se que a comunidade internacional lhes afirme contra a indiferença da comunidade internacional.

7 A ORDEM DO MUNDO DE UMA SOCIEDADE HETERARQUICA

O sistema da sociedade moderna é o sistema de uma única sociedade. Digamos que essa sociedade é *sociedade do mundo* porque o mundo, como seu limite, é sempre presente na comunicação social. Todavia, no seu interior nem todos os sistemas sociais são universalizados do mesmo modo. E sistemas sociais plenamente universalizados como aquele da Economia ou do conhecimento não podem ser controlados por outros sistemas sociais que não alcançaram o mesmo nível de universalização. E, assim, a modernidade dessa sociedade se funda propriamente sobre a *heterarquia*,²⁵ ou seja, na impossibilidade de qualquer hierarquia que seja. E então, ao fim do século XX, a política que tem no Ocidente o seu centro de elaboração das representações dos problemas universais transformou aquela sua centralidade em uma pretensão de colocar ordem no mundo. O mundo resistiu à imposição da ordem e implodiu em si mesmo deixando emergir a selvagem ordem das coisas que o tempo havia escondido.

E, de fato, o mundo conhecia tantos lugares do mundo que se consideravam centros e que tentaram impor ordem ao mundo; desde as antigas cosmologias, aos romanos, aos cristãos, aos árabes e até aos modernos fascismos. As tentativas recentes de construir a ordem do mundo eram justificadas pela ameaça da desordem do mundo. Dizia-se que era necessário exportar a democracia, e assim foram organizadas “*as grandes tempestades no deserto*”, aquelas tentativas todas fracassaram miseravelmente. Aqueles fracassos deixaram atrás de si grandes abismos: fendas da Política e do Direito, lugares preferidos da cega voracidade das finanças. O mundo agora ameaça a si mesmo e não encontra proteção contra si mesmo.

A essas condições do mundo, a produção de excedente de alteridade está difundida de modo inobstável e irreprimível. Uma guerra universal molecular se difunde entre as alteridades produzidas por detritos da ordem que se queria impor; essa guerra do mundo contra o mundo apropriou-se das cidades e das planícies, dos desertos e das montanhas, das ruas, das vilas, das ravinas e dos bairros esquecidos. Velhas unidades que tinham a forma de Estados, de Estados patrimoniais, de características tribal, étnica, religiosa, patriarcal, e que são despedaçadas e disseminaram por seu entorno detritos humanos: são as não-pessoas que são sobreviventes e que correm pelo mundo: *Vidas Secas*.²⁶ Eles correm em direção ao Ocidente, em direção à Europa, mas também em direção à América Latina, correm por mares e terras. Correm em direção às terras habitadas por pessoas, daqueles que são incluídos, porque o Direito os trata como seus objetos e vivem enclausurados dentro de barricadas que eles ergueram para proteger-se da invasão dos excluídos. Corpos que se iludem de poder tornarem-se pessoas; fugitivos de guerras e fugitivos da paz; vítimas das suas cores ou de sua religião, presas da rejeição étnica o do prejuízo político, reféns de grupos que por sua vez são grupos de reféns. Um universo de corpos que o Direito mantém longe da sua porta, permitindo o aproximar-se de sua soleira como mercadorias que serão utilizados na medida e nas circunstâncias oportunas.

Há, entretanto, outra ordem do mundo que à vez disso domina sem qualquer oposição: a ordem das finanças. A ordem de uma economia universal que é reduzida à escravidão por sua própria organização, pelas finanças. O universo das finanças é o universo do valor que não tem valor, mas, que permite transformar tudo em valor. As artificialidades do Direito não podem seguir a convulsiva rapidez das transformações do valor, e a Política pode intervir agora somente com a atitude do *post-decisional-regret*: recusa das decisões depois que essas foram tomadas. A Política corre atrás das consequências de suas decisões. A primeira consequência do monopólio social das finanças é constituída pelo fato que à estável produção de excedentes de alteridade, agora se soma também à contínua ameaça de expulsão daqueles que eram incluídos. Basta considerar aquilo que aconteceu em nível planetário nos últimos anos e a ameaça que se torna iminente a cada dia em nível planetário. Nessas condições, cerca de um bilhão de pessoas vive atualmente nas favelas e o número arrisca estender-se até o dobro nos próximos anos. O futuro tem o horizonte do dia seguinte, e perguntamos: e os Direitos Humanos?

8 CONCLUSÃO: ECOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS

Os catálogos dos Direitos Humanos, assim como as numerosas declarações que abrem contínuos espaços de expectativas, são construídos de observadores que observam a partir do interior da sociedade. São observadores que usam a distinção entre sistema e ambiente. Eles alimentam expectativas que são dirigidas aos catálogos dos Direitos Humanos porque, a partir do interior da sociedade, não se vê aquilo que está no exterior dela. O ambiente não se vê. O ambiente é ameaça porque é mais complexo que o sistema. E os observadores veem somente as ameaças. Ocorre que esse ambiente é o ambiente do sistema. O sistema não poderia existir sem o ambiente, o qual não é um dado natural, é ele próprio uma construção do sistema. O ambiente é a “descarga” de acordo com o qual a sociedade tem o excedente de alteridade que essa mesma produz.

Uma ecologia dos Direitos Humanos, ou seja, uma observação dos Direitos Humanos que pressupõe a perspectiva da relação do sistema da sociedade com o ambiente deste sistema, uma perspectiva que observe como sua construção as relações que a sociedade constrói com o seu ambiente; em outras palavras: uma perspectiva que observe como no ambiente da sociedade, a sociedade aloca as alteridades que produz, tal perspectiva poderia permitir-nos ver, realistamente, e perguntar-nos: qual é a função dos direitos humanos. E quais são as possibilidades de futuro que se podem construir a partir dessas observações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1983.

_____. **Theorie der grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1987.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do direito e legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. **Azione e imputazione**: semantica e critica di un principio nel diritto penale. Lecce: Milella, 1984.

_____. Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad. In: _____. **Los derechos fundamentales en la sociedad moderna**. México: Editorial Fontamara, 2015.

GÖTZ, Norbert. Moral economy: its conceptual history and analytical prospects. **Journal of Global Ethics**, United States, v. 11, p. 147-162, 2015.

GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**: naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1993.

KAFKA, Franz. Vor dem Gesetz (1915). In: _____. **Der Proceß**. Frankfurt: Insel Verlag, 1990. v. 3. p. 226.

- KANT, Immanuel. **Die Methaphysik der Sitten**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1982. v. 8.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**: einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig: Franz Deuticke Verlag, 1934.
- LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution**. Berlin: Dunker & Humblot, 1965.
- _____. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1995.
- _____; De GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 2013 (1992).
- RAMOS, Graciliano. **Vidas secas**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SANTI, Thais. Belomonte: a anatomia de um etnocídio. **El País**, 1 dez. 2014. Entrevista concedida a Eliane Brum.
- SASSEN, Saskia. **Globalization and its discontents**. New York: New Press, 1999.
- SAVIGNY, Friedrich C. **Juristische methodenlehre**. Stuttgart: Koehler, 1951.
- _____. **System des heutigen römischen Rechts**. Aalen: Scientia Verlag, 1973. v. 1.
- SOMMER, Manfred. **Die Selbsterhaltung der Vernunft**. Stuttgart-Bad Cannstatt: Fromman-Holzboog, 1990.
- STANDING, Guy. **The Precariat**: the new dangerous class. London: Bloomsbury Academic, 2011.
- THOMPSON, Edward P. **Customs in common**. New York: New Press, 1991.
- WELZEL, Hans. **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990.

-
- 1 GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1991.; e, em particular nas relações aos temas dos quais nos ocuparemos nos próximos parágrafos. Id., **Die Zukunft der Verfassung II**: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2012. Cf. anche FER-RAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 3-40; p. 121-175; p. 277-370.
- 2 Sobre essa questão, cf. DE GIORGI, Raffaele. El futuro de la Justiciabilidad de los derechos humanos. In: ARGUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL - MEMORIA DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS, 4., 2014, México. **Anais...** México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014. p. 407-429.
- 3 LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 574 e ss.
- 4 STANDING, Guy. **The Precariat**: the new dangerous class. London: Bloomsbury Academic, 2011.
- 5 LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution**. Berlin: Dunker & Humblot, 1965.
- 6 Cf. LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**, op. cit., p. 233 e ss.; 484, s.
- 7 WELZEL, Hans. **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990.
- 8 KANT, Immanuel. **Die Methaphysik der Sitten**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1982. v. 8. p. 345. *Die Qualität des Menschen, sein eigener Herr (sui iuris) zu sein*.
- 9 KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**: einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig: Franz Deuticke Verlag, 1934.
- 10 KANT, op. cit., p. 329: *Tat heißt eine Handlung, sofern sie unter Gesetzen der Verbindlichkeit steht, folglich auch,*

sofern das Subjekt in derselben nach der Freiheit seiner Willkür betrachtet wird. Der Handelnde wird durch einen solchen Akt als Urheber der Wirkung betrachtet, und diese, zusamt der Handlung selbst, können ihm zugerechnet werden.

- 11 Idem, *l.c.*, : Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Cf. DE GIORGI, Raffaele. **Azione e imputazione**: semantica e critica di un principio nel diritto penale. Lecce: Milella, 1984..
- 12 SOMMER, Manfred. **Die Selbsterhaltung der Vernunft**. Stuttgart-Bad Cannstatt: Fromman-Holzboog, 1990; Kant diz com extrema clareza: *Grundsatz der Vernunft: ihre Selbsterhaltung*, Refl. 1509 (AA XV, 823).
- 13 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. Milano: Franco Angeli, 2013 (1992).
- 14 LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution**. Berlin: Dunker & Humblot, 1965. p. 53-83.
- 15 DE GIORGI, Raffaele. Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad. In: _____. **Los derechos fundamentales en la sociedad moderna**. México: Editorial Fontamara, 2015. p. 35-53.
- 16 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 2013 (1992). cit., cap. 3: *Evoluzione*. p. 169-246.
- 17 FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**: naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1993.
- 18 THOMPSON, Edward P. **Customs in common**. New York: New Press, 1991. cf. GÖTZ, Norbert. Moral economy: its conceptual history and analitical prospects. **Journal of Global Ethics**, United States, v. 11, p. 147-162, 2015.
- 19 SANTI, Thais. Belomonte: a anatomia de um etnocídio. **El País**, 1 dez. 2014. Entrevista concedida a Eliane Brum.
- 20 SANTI, Thais. Belomonte: a anatomia de um etnocídio. **El País**, 1 dez. 2014. Entrevista concedida a Eliane Brum. A Procuradora da República Thais Santi conta como a terceira maior hidrelétrica do mundo vai se tornando fato consumado numa operação de suspensão da ordem jurídica, misturando o público e o privado e causando uma catástrofe indígena e ambiental de proporções amazônicas, *El País*, 1dez. 2014.
- 21 SASSEN, Saskia. **Globalization and its discontents**. New York: New Press, 1999.
- 22 KAFKA, Franz. Vor dem Gesetz (1915). In: _____. **Der Proceß**. Frankfurt: Insel Verlag, 1990. v. 3. p. 226 e ss.
- 23 ALEXY, Robert. Obra de referência: **Theorie der grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1987; Id. **Theorie der juristischen argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1983.24 v. SAVIGNY, Friedrich C. **Juristische Methodenlehre**. Stuttgart: Koehler: 1951. p. 37. (ed. Wesenberg, Segundo a elaboração de J. Grimm) e **System des heutigen römischen Rechts**. Aalen: Scientia Verlag, 1973. v. 1. p. 36. Cf. DE GIORGI, Raffaele, **Ciência do direito e legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017.p. 37 e ss.
- 25 Cf. LUHMANN, Niklas; De GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 2013 (1992). cap. 5.
- 26 RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOWARDS AN ECOLOGY OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

This article brings forward a discussion on Human Rights and how they are characterized by great expectations that match systematic disillusion. As such, the article presents a realist reflection on the invention of the individual as a unique subject, rational and free, while allowing for the comprehension of the semantic structure that made it possible for Human Rights to thrive in modern society, their function and special contribution to the evolution of society. The article also intends to reflect upon the specific character of the function of Human Rights, on the paradox of its semantics, on its contribution to the production of singularities and the excess of such production. Thus, the article proposes to set the scene for a possible ecology of Human Rights.

Keywords: Human Rights. Modern Society. Invention of the Subject. Singularity. Ecology.

Submetido: 20 jun. 2017

Artigo convidado

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1 LINHAS DE PESQUISA

Os temas poderão receber abordagens variadas tanto de natureza mais dogmática quanto teórica. São admissíveis leituras históricas, políticas, jurídicas, metodológicas e interdisciplinares. É facultado aos autores abordar apenas aspectos específicos no contexto maior da linha de pesquisa escolhida. São elas:

Constituição, Estado e Sociedade

Direito, Acesso à Justiça e Solução de Litígios

Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento

Direitos Humanos e Fundamentais

Epistemologia Jurídica, Metodologia Jurídica e Editoria Jurídica

Teoria Política e do Direito

2 ESTRUTURA GERAL DO ARTIGO CIENTÍFICO (15 A 30 PÁGINAS)

Elementos pré-textuais:

Título e subtítulo (se houver), separado por dois pontos;

Nome do autor (e do coautor, se houver), acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica, filiação institucional, Cidade, Estado, País e endereço eletrônico (em nota de rodapé)*

Resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, e não uma simples enumeração de tópicos, de 150 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto (de 3 a 5 palavras).

Elementos textuais:

Modelo A:

1 Introdução

2 Desenvolvimento

* A submissão do artigo deve ser realizada sem qualquer menção de autoria, exclusivamente pelo portal de periódicos via web. Os dados referentes aos autores e coautores devem ser inseridos à parte, na seção denominada “meta-dados”. O periódico opera com o sistema de dupla avaliação cega.

3 Conclusão

Modelo B:

1 Introdução

2 Referencial Teórico

3 Metodologia da Pesquisa

4 Análise dos Resultados (deve conter a análise dos dados obtidos)

5 Conclusão

Elementos pós-textuais:

Agradecimento (não é obrigatório)

Referências

Notas de fim, após referências, em *Times New Roman 10*

3 FORMATAÇÃO DO ARTIGO

O título deve estar centralizado, em negrito e em caixa alta, sendo escrito em tamanho 14.

Logo abaixo do título do trabalho devem constar o(s) nome(s) completo(s) do autor, do(s) coautor(es) recuados à direita, acompanhados de breve currículo que os qualifique(m) na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico (em nota de rodapé identificada com asterisco).

Exemplo:

TÍTULO DO ARTIGO

João J. João*

Pedro P. Pedro**

Maria M. Maria***

O texto deve ser digitado com letra *Times New Roman*, tamanho 12, usando espaço entrelinhas 1,5 e espaçamento entre parágrafos de 0 pt antes e 06 pt depois. O espaço da primeira linha dos parágrafos é de 1cm. As citações de mais de três linhas, as notas de rodapé, as referências e os resumos em vernáculo e em língua estrangeira devem ser digitados em espaço simples.

* Breve currículo

** Breve currículo

*** Breve currículo

O formato do papel a ser utilizado tanto na versão eletrônica quanto na impressa, deve ter formato A4 (210 mm x 297 mm), com as seguintes margens: superior e esquerda - 3,0cm; inferior e direita - 2,0 cm.

O trabalho deve estar obrigatoriamente digitalizado em Word.

4 REFERÊNCIAS

As referências devem ser constituídas por todas as obras citadas no artigo e devem ser listadas de acordo com a norma ABNT-NBR-6023/2002, conforme exemplos abaixo:

Livros

ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA, Manuel (Org). *Gonçalves Dias: poesia*. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1983.

Artigos em periódicos

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação... *Educação & Sociedade*, Campinas, SP, v. 24, n. 84, p. 763-789, set. 2003.

O MELHOR de dois mundos. *Após*, São Paulo, ano 1, p. 24-25, fev. 2003.

Artigos em revistas, jornais etc.

MONTEIRO NETO, Armando. Desoneração da folha salarial. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, n. 22.368, p. 9, 26 mar. 2003.

Sites

CONY, Carlos Heitor. O frágil lenho. *Folha online*, São Paulo, 19 jan. 2004. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml>. Acesso em: 19 jan. 2004.

FREIRE, José Bessa. O patrimônio cultural indígena. In: WELFORT, Francisco; SOUZA, Márcio (Org.). *Um olhar sobre a cultura brasileira*. Brasília: Ministério da Cultura, 1998. Disponível em: <<http://www.minc.gov.br/textos/olhar/patrimonioindigena>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

5 CITAÇÕES

As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520): citações de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas; as citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4cm da margem esquerda, em *Times New Roman 10*, sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando essa alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

A referência da citação será feita em nota de fim, após as referências do texto.

6 ABSTRACT E KEYWORDS

Após as referências, seguem-se as notas de fim; após as notas de fim, culminando todo o trabalho, deve-se fazer constar o título do artigo, o resumo e as palavras-chave em versão para o inglês, com recuo de 4 cm em espaço simples.

7 INSTRUÇÕES AOS AUTORES

7.1 Avaliação por pares – *modus operandi*

Os artigos recebidos passam por uma análise prévia (fase inicial: desk review), envolvendo a equipe de Editores institucionais e/ou Editores-Associados (vinculados a outras Instituições de outros Estados). Essa primeira fase funciona como um mecanismo de filtragem quanto à adequação do artigo, às linhas de pesquisa, à adequação às normas de publicação; inteligibilidade, coerência e coesão do texto; avaliação preliminar da compatibilidade do artigo submetido às exigências atribuíveis a uma produção em termos de pós-graduação; relevância e adequação do aporte teórico; relevância da discussão enfrentada e potencial de contribuição do artigo para a comunidade acadêmica. Essas são diretrizes às quais a equipe de Editores (institucionais e associados) se atêm, de modo geral.

Superada essa fase preliminar, o artigo é submetido a, no mínimo, dois pareceristas, que tenham titulação maior (preferencialmente) ou igual à titulação do coautor mais bem titulado do trabalho em exame. Atenta-se, ainda, quando da escolha dos pareceristas responsáveis para uma adequação entre as áreas de conhecimento dos avaliadores e a área da temática enfrentada no artigo, antes de submetê-lo à apreciação dos pares.

Opera-se com o sistema *double blind review*, conforme orientação do Programa Qualis, procedendo-se à desidentificação dos artigos, a fim de que a avaliação por pares seja cega, garantindo-se a lisura do processo. Nessa etapa da avaliação, os pareceristas preenchem uma ficha de avaliação específica e padronizada, a qual é devolvida à equipe de Editores-Responsáveis, recomendando ou não a publicação dos artigos submetidos. Cada parecerista só pode avaliar, no máximo, dois artigos por número publicado. Procura-se, sempre que possível, escolher pareceristas que não pertençam ao mesmo Estado da Federação de onde se originou o artigo. Em caso de divergência de pareceres, ou, permanecendo quaisquer dúvidas, pode a equipe institucional ampliar o leque de avaliações para melhor subsidiar sua decisão.

7.2 Idiomas de publicação

A Opinião Jurídica aceita artigos escritos em português, espanhol, francês, italiano e inglês. Artigos em alemão serão aceitos apenas de autores previamente convidados. Todos os artigos, independentemente da língua em que estejam escritos, devem fazer constar título, resumo e palavras-chave em inglês – atendendo-se às exigências do Programa *Qualis da Capes*.

7.3 Ineditismo

A Opinião Jurídica visa à publicação e à divulgação de trabalhos inéditos, devendo o autor fazer constar, sob as penas da lei, qualquer condição em contrário, por ocasião da submissão de seu trabalho. Em caso de existência de publicação prévia, deve o autor explicitar o veículo de publicação e o suporte utilizado (virtual ou impresso), a fim de que a equipe de Editores-Institucionais delibere, soberanamente, a respeito da conveniência de uma eventual republicação.

7.4 Transferência de direitos autorais

A submissão de artigo à apreciação da Equipe Editorial da Revista Opinião Jurídica implica, por este mesmo ato, a cessão, por parte do(s) autor(ES), para o Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, da referida OBRA para fins de reprodução, divulgação, distribuição, impressão, publicação e disponibilização, a encargo da UNICHRISTUS, em qualquer forma ou meio que exista ou venha a existir, nos termos do art. 49 e os seguintes da Lei 9.610/98.

Parágrafo Primeiro. A cessão, objeto deste Termo, é feita a **título não exclusivo e gratuito**, abrangendo a totalidade da OBRA.

Parágrafo Segundo. A UNICHRISTUS poderá disponibilizar, para fins didáticos, a OBRA no todo ou em partes, vedada a alteração de seu conteúdo textual, ressalvadas correções e formatações que se fizerem necessárias.

Parágrafo Terceiro. A cessão é válida em quaisquer países, em língua portuguesa ou tradução, a critério da UNICHRISTUS.

7.5 Das responsabilidades

Ao submeter(em) artigo de sua lavra, o autor (e coautores, se houver) assume(m), por esse ato, a responsabilidade exclusiva pela integralidade do conteúdo da obra de sua autoria. Dessa forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao seu conteúdo serão de sua inteira responsabilidade.

Parágrafo único. Em caso de pluralidade de autores, considera-se solidária a responsabilidade, ressalvadas as provas em contrário.



ISSN 1806-0420

