

AMAGIS JURÍDICA

Juiz Gilson Soares Lemes
Juiz Ramom Tácio de Oliveira
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano VIII – Número 14 – Volume II – jul./dez. de 2016



Belo Horizonte
2016

AMAGIS JURÍDICA

Missão da revista Amagis Jurídica:
Contribuir para o aperfeiçoamento do Direito, por meio da divulgação de trabalhos jurídicos de reconhecida qualidade.

***Diretoria da Amagis
Triênio 2016-2018***

Presidente:

Desembargador Maurício Torres Soares

Vice-presidente Administrativa:

Juíza Cristiana Martins Gualberto
Ribeiro

Vice-presidente Financeiro:

Desembargador Alberto Diniz Junior

Vice-presidente de Saúde:

Juíza Luzia Divina de Paula Peixôto

Vice-presidente do Interior:

Juiz Antônio Carlos Parreira

**Vice-presidente Sociocultural-
Esportivo:**

Juiz Ricardo Torres Oliveira

**Vice-presidente dos Aposentados e
Pensionistas:**

Juiz José Martinho Nunes Coelho

Diretor-secretário:

Juiz Christyano Lucas Generoso

Subdiretora-secretária:

Juíza Rosimere das Graças do Couto

**Conselho Editorial da
Revista Amagis Jurídica**

Prof. Me. Gilson Soares Lemes (MG)
– Presidente do Conselho editorial e
Diretor da Revista

Prof. Dr. Ramom Tácio de Oliveira
(MG) – Diretor da Revista

Prof. Dr. Antonio Rulli Júnior (SP)

Prof. Dr. Dimas Macedo (CE)

Prof. Dr. Fernando José Armando
Ribeiro (MG)

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio
Junior (MG)

Prof. Me. Antônio José Pêcego (MG)

Prof. Thiago Colnago Cabral (MG)

Coordenador de Comunicação: Bruno
Gontijo (MTB – MG 11008)

Tiragem: 2.300 exemplares

Periodicidade: O volume anual compõe-se de dois números, com periodicidade semestral
Política de responsabilidade: O corpo editorial da Amagis Jurídica não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos. Os textos são de responsabilidade de seus autores.

A Revista Amagis Jurídica é uma publicação da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis)

Rua Albita, 194, Cruzeiro,
Belo Horizonte, MG

CEP: 30310-160 – Tel.: (31) 3079-3499

www.amagis.com.br

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

ANDREW JENSEN KERR

Lecturer of Legal English, Georgetown University Law Center (United States of America).

Professor de Inglês Legal, Georgetown University Law Center (Estados Unidos da América).

CAROLINA SIMÕES CORREIA

Assistente de Juiz do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UFRGS.

CLÊNDRSON RODRIGUES DA CRUZ

Doutorando em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito Processual PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual da Fapam. Advogado. E-mail: clendersoncruz@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7986631822670463>>.

HENRIQUE ALVES PINTO

Mestrando em Direito Público e Políticas Públicas pela UNICEUB (Centro Universitário de Brasília); Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito CNEC – Unai – MG. Ex-professor Direito do Consumidor da Universidade Federal de Uberlândia.

LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região. Professora Adjunta da UFRGS – graduação e Professora do PPGD-UFRGS. Doutora em Direito pela UFPR.

LUÍS CARLOS GAMBOGI

Desembargador do TJMG, doutor em filosofia de direito pela UFMG.

LUPÉRCIO PAULO FERNANDES DE OLIVEIRA

Juiz de Direito em Minas Gerais. Ex-Professor de TGP e Direito Processual Civil I. Pós-graduado em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília – UnB.

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

Ministra do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora honoris causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica de Lisboa – Portugal. Professora Universitária. Autora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior.

RENATA DUVAL MARTINS

Assistente em Administração na Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Mestre em Direito pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RICARDO MANOEL DE O. MORAIS

Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Filosofia pela UFMG. Bacharel em Direito e em Filosofia. Advogado e Professor.

SÉRGIO HENRIQUE CORDEIRO CALDAS FERNANDES

Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte/MG. Trabalho apresentado durante o Curso de Especialização em Gestão Judiciária UNB/TJMG.

SÉRGIO HENRIQUE GONTIJO FERREIRA

Pós-graduado Lato Sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal pela FEAD. Pós-graduando *Lato Sensu* em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduando *Lato Sensu* em MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Pós-graduando *Lato Sensu* em MBA Executivo em Direitos Humanos pela UCAM. Pós-graduando *Lato Sensu* em MBA Executivo em Ciências Políticas pela UCAM. Advogado.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	IX
1 META-STORIES AND MISSING FACTS <i>Andrew Jensen Kerr</i>	<i>1</i>
2 META-ESTÓRIAS E FATOS OMISSOS <i>Andrew Jensen Kerr</i>	<i>11</i>
3 UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC (A CRITICAL ANALYSIS ON THE STABILIZATION OF ANTECIPATED JUDICIAL PROTECTION IN THE NEW CPC) <i>Clênderson Rodrigues da Cruz</i>	<i>21</i>
4 OS NOVOS CICLOS HERMENÊUTICOS DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR (THE NEW HERMENEUTIC CYCLES OF CONSUMER VULNERABILITY) <i>Henrique Alves Pinto</i>	<i>41</i>
5 FRATERNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL: IMIGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 88 E NA CONVENÇÃO 143 DA OIT (FRATERNITY AND SOCIAL JUSTICE: IMMIGRATION IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988 AND IN THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION CONVENTION NO. 143) <i>Luciane Cardoso Barzotto</i> <i>Renata Duval Martins</i> <i>Carolina Simões Correia</i>	<i>61</i>

6	DIREITO E UTOPIA: INTERPRETAÇÃO E JURISDIÇÃO (LAW AND UTOPIA: INTERPRETATION AND JURISDICTION)	
	<i>Luís Carlos Gambogi</i>	83
7	USO E ABUSO DA JUSTIÇA GRATUITA ANTE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA E RESPECTIVOS IMPACTOS NO ORÇAMENTO DO TJMG (USE AND ABUSE OF FREE JUSTICE IN FACE OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF BROAD ACCESS TO JUSTICE AND ITS IMPACT ON THE BUDGET OF THE COURT OF JUSTICE OF MINAS GERAIS)	
	<i>Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira</i>	101
8	A MULHER MILITAR E SUA INTEGRAÇÃO NAS FORÇAS ARMADAS³ (THE MILITARY WOMAN AND HER INTEGRATION INTO THE ARMED FORCES)	
	<i>Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha</i>	131
9	O DIREITO E OS DISPOSITIVOS DISCIPLINARES (THE LAW AND THE DISCIPLINARY APPARATUS)	
	<i>Ricardo Manoel de O. Morais</i>	159
10	GESTÃO JUDICIÁRIA E VOLUNTARIADO: A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG) NA CRIAÇÃO DO NÚCLEO DO VOLUNTARIADO (JUDICIAL MANAGEMENT AND VOLUNTEERING: THE EXPERIENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF MINAS GERAIS IN THE CREATION OF THE VOLUNTEERING CENTRE)	
	<i>Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes</i>	173
11	QUAL O TERMO FINAL DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO? (WHAT IS THE FINAL TERM OF THE DIVERSE PRECAUTIONARY MEASURES OF PRISON?)	
	<i>Sérgio Henrique Gontijo Ferreira</i>	197

APRESENTAÇÃO

Apresentamos o segundo volume da Revista Amagis Jurídica número 14. Nos artigos escritos por advogados, acadêmicos do Direito e magistrados, o leitor encontrará conteúdos dos mais relevantes, com a profundidade e qualidade que tornaram a publicação referência no meio jurídico. A pesquisa, o debate e a atualização constante são características da Magistratura mineira e estão demonstradas aqui, juntamente com a colaboração sempre valiosa e bem-vinda de outros profissionais do Direito.

O artigo que abre a revista é de autoria do professor Andrew Jensen Kerr, do Georgetown University Law Center (EUA), intitulado “Meta-estórias e fatos omissos” e está publicado em inglês e português. Além disso, esta edição da Amagis Jurídica conta com textos sobre o novo Código de Processo Civil (CPC), direito do consumidor, lei de imigração, uso da justiça gratuita e direito penal, entre outros.

Registro aqui os nossos agradecimentos a todos os profissionais que encaminharam artigos e, de maneira muito especial, aos integrantes do Conselho Editorial e pareceristas, que realizam trabalho notável em nossa revista.

Desejo uma ótima leitura.

Desembargador Maurício Soares
Presidente da Amagis

1

META-STORIES AND MISSING FACTS

Andrew Jensen Kerr¹

In this short essay, I connect the study of law and literature to the craft of the fact statement. I reference the pattern of high-profile cases at the intersection of race and law enforcement to argue that the strategic description of setting in literary works can provide a model for “creating context” in legal writing. I hope my essay possesses pedagogic insight and topical resonance.

INTRODUCTION

The role of story in the law is contested. Humans are wired to digest information in narrative form,² but narration can also feign coherence and inevitability when there is none. “Chekov’s gun” is a familiar trope – the axiom that if a weapon is referenced in the first act of a play, then it must be discharged eventually. Literary devices like foreboding create a sense of irony or suspense in our fiction. But selective fact presentation in brief writing or courtroom presentation

¹ Lecturer of Legal English, Georgetown University Law Center (United States of America). I thank Peter Brooks for his review of this essay. I am also grateful to the staff of the *California Law Review*, Fernando Armando Ribeiro and Robin West for her perennial inspiration in law and the humanities.

² Michael Neelsen, *Humans Interpret the World Through Narrative*, STORY FIRST MEDIA (July 20, 2013), <http://storyfirstmedia.com/humans-interpret-the-world-through-narrative>.

can craft a teleology of crime where there is mere correlation.³ Sometimes Chekov's gun is just a gun.⁴

There is also broader criticism of the law *as* literature movement. Scholars like James Boyd White and Robert Weisberg argue for legal texts to be interpreted using the same analytic techniques of literature.⁵ However, many jurists – including pantheon Judges Posner⁶ and Leval⁷ – are dismissive of any actual substantive connection between these two subjects. Posner cites the separate motivations that inspire legal versus creative writing.⁸ For example, lawyer-poet Wallace Stevens explicitly tried to keep his two identities discrete (whether he succeeded in this ambition remains a topic for debate⁹). Contemporary hermeneutics – deconstruction and its ilk – might instead bring terrible confusion to the law. Dialogic exegesis is interesting, but does it also tend to nihilism and a lack of judicial restraint in the very practical, consequential world of legal work?

³ The majority and dissenting opinions of *Wong Sun* are examples of how causality can be attenuated or strengthened depending on the legal conclusions of a judge. Justice Brennan's lead opinion denies the existence of probable cause in this case. He emphasizes the ambiguity and guesswork of the police seizure by unpacking the fog of arrest into a discrete sequence of isolated events, where the identities of law enforcement officers are obscured and those of witness-defendants are conflated. See *Wong Sun v. United States*, 83 S. Ct. 407 (1963).

⁴ See, e.g., Alan M. Dershowitz, *Life is Not a Dramatic Narrative*, in *LAW'S STORIES: NARRATIVE AND RHETORIC IN THE LAW* 99, 99–100 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996) (reminding the reader that sometimes a life insurance policy is just a life insurance policy, even if it is taken out a week before a mysterious death).

⁵ See generally Robert Weisberg, *The Law-Literature Enterprise*, 1 *YALE J.L. & HUMAN.* 1, 36–67 (1988).

⁶ E.g., Richard A. Posner, *Law and Literature: A Relation Reargued*, 72 *VA. L. REV.* 1351 (1986).

⁷ Pierre N. Leval, *Judicial Opinions as Literature*, in *LAW'S STORIES*, *supra* note 3, at 206, 211 (arguing that while judges may benefit from the persuasive power of literary devices and rhetoric, they risk sacrificing clarity of thought and reasoning).

⁸ Posner, *supra* note 5, at 1367 (“[M]uch, apparently the greater part, of literary creation occurs unconsciously. Some literature is actually written in an unconscious blur.”).

⁹ See, e.g., Thomas Grey, *Steel Against Intimation: The Motive for Metaphor of Wallace Stevens*, *Esq.*, 2 *YALE J.L. & HUMAN.* 231, 234 (1990).

I. LAW IN LITERATURE: *THE TRIAL* AND *THE STRANGER*

My academic interest in legal writing encouraged me to explore this universe of law and literature, and in Fall 2013 I instructed a seminar on this topic at the Peking University School of Transnational Law. In the first section of the course we canvassed the less controversial heuristic of law *in* literature. We reviewed two fiction works where legal conflict is central to the plot, Kafka's *The Trial* and Camus's *The Stranger*.¹⁰

Both works are similar to Fact Statements in legal briefs with respect to the neutral, impartial tone of their narrators. Kafka especially has been compared to a literary Rorschach inkblot,¹¹ as the reader seems to impose her or his own subjectivities on the surrealist canvas of Kafka's stories. In *The Trial*, it is impossible to determine to what extent Joseph K., the narrator, is responsible for his own execution.¹² Robin West describes the intuitive, yet hypnagogic organization of the novel as both horrific and familiar.¹³ But perhaps we can substitute causality for a conjunctive here: it is horrific *because* it is familiar. The modern reader can relate to K.'s mundane world of bank clerks and provincial relatives. He makes sensible choices in the immediate, marginal compass of his work and trial. But when the micro-context of K.'s consent to authority is extended to the narrative arc of the story, his involvement in his own death can only be interpreted as absurd and grotesque.

Meursault in *The Stranger* possesses the qualities of a "totally reliable narrator,"¹⁴ and therefore should meet the standards of integrity

¹⁰ These works were chosen because of their relatively lucid and spare prose, which might in part reflect the fact that we read them in translation. The prolixity of *Billy Budd* or *The Merchant of Venice* might interfere too much with ESL student comprehension. Moreover, Kafka and Camus are valuable to the law student not mainly for their diction, but as storytellers of how the machineries of law intersect with our understandings of justice.

¹¹ Posner, *supra* note 5, at 1369.

¹² See Robin West, *Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*, 99 HARV. L. REV. 384, 420 (1985).

¹³ *Id.* at 386, 420.

¹⁴ David Carroll, *Guilt By "Race": Injustice in Camus's The Stranger*, 26 CARDOZO L. REV. 2331, 2335 (2005).

and trust applied to a court advocate. But perhaps pure transparency is not the most important ethic we seek in our legal cadre. Instead legal audiences prefer a sense of candidness that is filtered through a moral code. Meursault's existential worldview is encapsulated by his "benign indifference of the universe."¹⁵ He is no nihilist, but cherishes the immediate, hedonic pleasures of simply being alive. He is sensuous to the point of solipsism.¹⁶

Meursault's incapacity for empathy conflicts with that of the expert legal writer. Here "Chekov's gun" is Meursault's apathy to his mother's passing. Camus's preface to the 1955 American English translation included the quip that "[i]n our society any man who does not weep at his mother's funeral runs the risk of being sentenced to death."¹⁷ Meursault is described as indifferent to the very possibility of sentiment.¹⁸ Indeed, Camus might be too officious when Meursault concedes that "my physical condition at any given moment often influenced my feelings,"¹⁹ or that only "of recent years" did he lose his habit of noting his emotions.²⁰ These fourth-wall moments of self-reflection seem superfluous (at least in the translation).

One reading theory of *The Stranger* is that the prosecutor's Fact Statement in Part I provides evidence for the trial in Part II.²¹ To an American audience the case for murder is contestable. It's not that Meursault is immoral; he's simply *amoral*. He's not ferreting out trouble to involve himself in. It's just that everything *feels* the same.²² And so Meursault "has no objection" to befriending the nefarious pimp Raymond,²³ and agrees to protect Raymond should a fight erupt with

¹⁵ ALBERT CAMUS, *THE STRANGER* 76 (Stuart Gilbert trans., Vintage Books 1946).

¹⁶ Gale Rasin, *The Stranger: Condemned to Death by Character*, 41-AUG. MD. B.J. 50, 51, 54 (2008).

¹⁷ Carroll, *supra* note 13, at 2335.

¹⁸ Rasin, *supra* note 15, at 50–51.

¹⁹ CAMUS, *supra* note 14, at 41.

²⁰ *Id.*

²¹ Cf. Dwight Newman, *Existentialism and Law—Toward a Reinvigorated Law and Literature Analysis*, 63 SASKATCHEWAN L. REV. 87, 109 (2000) (discerning in Part I the "trial-like" character and in Part II the "novel and the literal trial").

²² CAMUS, *supra* note 14, at 16, 30.

²³ *Id.* at 20.

the “Arab” during their beach rendezvous.²⁴ So what is the question presented for this trial – that Meursault killed the Arab with bad intent (an action), or that he is guilty of having a “criminal heart” (a status)? If this murder is so important, then at least one character should bother to name the victim. Instead the Arab’s alterity is reified by his anonymity.²⁵ Remember the colonial context of this novella. Meursault had available an airtight self-defense argument. He is the privileged White French; an ethnic thug brandishing a knife had already torn into his friend’s skin. The data points are there for a successful defense. But instead Meursault blurts out that a torrid, blinding sun made him kill (Meursault refers to the sun or sunlight over twenty-five times in this text). This answer is ad hoc and maybe half-right. However, Meursault deliberately *chose* not to take the easy route to legal innocence. Does this make him a Hero? An Anti-Hero?²⁶

II. LAW AND LITERATURE: UNEXPECTED BENEFITS

Judge Rasin points out that this “moral monster” theory put forward by the prosecutor is entirely admissible in French law.²⁷ In American Evidence Law “prior bad acts” are of course disfavored. Only if a defendant “opens the door” by claiming she or he is honest or friendly or loyal, etc., can the prosecutor then respond with character evidence that suggests otherwise. I think one “legal” benefit of reading law in literature is that it helps the student identify the asymptotic limits of our doctrinal frameworks (where do we draw the line?).²⁸ Camus in his *Myth of Sisyphus* warned that it “is almost impossible to be logical to the bitter end.”²⁹ Perhaps another, more ethereal bene-

²⁴ *Id.* at 35.

²⁵ See Carroll, *supra* note 13, at 2338.

²⁶ See generally Rasin, *supra* note 15.

²⁷ *Id.* at 53-55.

²⁸ For example, K.’s unusual trial is thought to be coherent with the contemporary legal process. See, e.g., Posner, *supra* note 5, at 1357 (noting that “many details in *The Trial* are faithful reproductions of Austro-Hungarian criminal procedure”).

²⁹ Daniel Stern, *The Fellowship of Men that Die: The Legacy of Albert Camus*, 10 CARDOZO STUD. L. & LITERATURE 183, 183-84 (1998).

fit of being well-read in law and literature is that it helps the student gain comfort in ambiguity. This facility with uncertainty is commonly equated with the actualization of “thinking like a lawyer.”³⁰ To me James Boyd White’s reading of *Antigone* seems more fruitful – that Creon and Antigone “are far more alike than different.”³¹ Judge Posner instead employs a binomial analysis and distinguishes these foils as the mature Creon to the juvenile Antigone.³²

Professors Balkin and Levinson present a related third benefit to an education in the humanities – that the study of letters inspires moral imagination.³³ A recent study concluded that exposure to high literature can improve one’s ability to relate to others.³⁴ In turn, at least one scholar has called for empathy to be a criterion for legal judgment.³⁵ It makes intuitive sense why an educated imagination aids interpersonal intelligence. A broad cultural knowledge provides context and familiarity with standpoint;³⁶ a rich sense of the character study helps one understand the full portrait of individual experience.

Related to empathy is the ability to predict how a legal rule might function as precedent (thinking as the other versus thinking in the future). The literary lawyer might have a more granular feel for the texture of our legal lexicon, and how its penumbras and workable interpretations might function in a future context. This binary of practical ethics against hyper-rational abstraction seems to be an animating motivation for Balkin and Levinson in “An Uneasy Relationship.” Indeed, Learned Hand argued that all judges should be familiar with the Great Books.³⁷ But today’s student cohorts are more likely to quote

³⁰ A relevant question is whether lawyers truly do think differently. See Donald J. Kochan, “Learning” *Research and Legal Education: A Brief Overview and Selected Bibliographical Survey*, 40 SW. L. REV. 449, 466–68 (2011) (providing overview and selected bibliography on the question).

³¹ James Boyd White, *Book Review: What Can a Lawyer Learn From Literature?*, 102 HARV. L. REV. 2014, 2043 (1989).

³² *Id.* at 2042–44.

³³ Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Law and the Humanities: An Uneasy Relationship*, 18 YALE. J.L. & HUMAN. 155, 184 (2006).

³⁴ Pam Belluck, *For Better Social Skills, Scientists Recommend a Little Chekov*, N.Y. TIMES (Oct. 3, 2013), http://well.blogs.nytimes.com/2013/10/03/i-know-how-youre-feeling-i-read-chekhov/?emc=edit_tnt_20131004&tntemail0=y&_r=2.

³⁵ See Lynne N. Henderson, *Legality and Empathy*, 85 MICH. L. REV. 1574 (1987).

³⁶ E.g., Elizabeth Borland, *Standpoint Theory*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (Mar. 27, 2015), <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1983538/standpoint-theory>>.

³⁷ Balkin & Levinson, *supra* note 32, at 155–56.

Coase than Plato.³⁸ The Balkin/Levinson thesis might be overreaching—that the opportunity cost of favoring technocratic approaches to statutory construction is the instrumental blinders approach of the “Torture Memos.”³⁹ Still, we can speculate on how our world might differ if law was understood as a culture or humanity rather than as a science.⁴⁰ Perhaps our self-selection as lawyers intersects with common modalities of legal thinking in certain, intangible ways.⁴¹ For example, surveys suggest that economists are much more likely to take a self-interested position in the Prisoner’s Dilemma game theoretic as compared to non-economists.⁴² Their theories might thus overpredict how often humans are “rationally” selfish creatures. Similarly, Judge Posner appears tremendously syllogistic in his approach to literary analysis. In *A Misunderstood Relation*, he selects a few canonical texts out of the cultural catalog of front-rank poems or novels to create an IRAC to prove why literature is either X or Y or Z.⁴³ Is this how most humans think about Art? As something that can be reduced into a precedent as support for a linear argument? Instead many, including Posner who contends that ambiguity gives literature its “purchase,”⁴⁴ believe great literature possesses an irreducible, ineffable magic. So maybe lawyers are just pre-wired to ignore the relevance of a literary sensibility to legal thinking?

III. MISSING FACTS AND CREATING CONTEXT

I should qualify my earlier reference to the neutral tone of Fact Statements. Of course there are many examples of court briefs that make effective use of an effusive, passionate rhetoric. But the art of persuasion can also be thought to possess a core tension – how do you convince someone of something while not signaling that you are *trying* to convince them of that thing? Hyperbole

³⁸ *Id.* at 158.

³⁹ *Id.* at 185–86.

⁴⁰ *See, e.g.,* White, *supra* note 30, at 2045.

⁴¹ *See* Robin West, *Law, Literature, and the Celebration of Authority*, 83 Nw. U.L. REV. 977, 978 (1989) (“Posner’s book . . . tells us something important about the distinguishing commitments of liberal legalism and the type of personality which it attracts.”).

⁴² *See* Tom Stafford, *Does Studying Economics Make You More Selfish?*, BBC (Oct. 22, 2013), <http://www.bbc.com/future/story/20131022-are-economists-more-selfish>.

⁴³ White, *supra* note 30, at 2016–18; *see also* John Fischer, *Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?*, 72 TEX. L. REV. 135, 152–53 (1994) (referencing Judge Posner’s “timeless” criterion of surviving the trans-historical marketplace of literature).

⁴⁴ Posner, *supra* note 5, at 1369.

and self-validating adverbs like “obviously” or “absolutely” can trigger reader skepticism.

Julie Spanbauer uses the prism of the 1963 Birmingham Civil Rights Marches to show how subtle use of fact selection and emphasis can pull the reader to opposite legal conclusions.⁴⁵ Interestingly, in the pro-protest *Shuttlesworth* opinion Justice Stewart cites to missing facts that a reader might expect to surface in similarly situated kinds of marches. He notes that “no automobiles were obstructed, nor were traffic signals disobeyed,” and that although “the spectators at some points spilled out into the street ... the street was *not* blocked and vehicles were *not* obstructed.”⁴⁶ This kind of contextual approach to the Fact Statement encourages the reader to distinguish the peaceful nature of this protest from an unruly hypothetical protest, a control or foil that might not form in the reader’s mind if the author did not write in the negative.

Conversely, the student author might choose to leave out certain details from a Fact Statement. The insoluble problem for the instructor is that these student decisions are necessarily kept hidden – it goes to the oblique logic of proving a negative: *How do I know you didn’t mean to include that?* Therefore, in my teaching, I pair a “meta” writer-centric assignment with the Fact Statement so students can identify and explain the editorial choices they make in that reader-centric document.⁴⁷ Questions to consider in this clarifying assignment include: Did you choose to craft a compact, deliberate sentence to emphasize a detail? Or form an over-complex, labyrinthine sentence to defuse the impact of an inopportune detail? Did you exclude bad facts that don’t go to the core legal questions of your case? Or to make note of missing facts to distinguish your case from those that might turn on this distinction?

⁴⁵ Julie M. Spanbauer, *Teaching First-Semester Students that Objective Analysis Persuades*, 5 LEGAL WRITING J. LEGAL WRITING INST. 167 (1999).

⁴⁶ *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 89 S. Ct. 935, 937 (1969) (emphasis added).

⁴⁷ My inspiration for this assignment is Sasha Samberg-Champion, my own legal writing instructor while a student at Columbia Law. Essential to the dialogic quality of the paired submission is that the student is forced to think about the process of thinking. This kind of “metacognition” is fundamental to contemporary notions of constructivist learning. Michael Hunter Schwartz, *Teaching Law by Design: How Learning Theory and Instructional Design Can Inform and Reform Law Teaching*, 38 SAN DIEGO L. REV. 347, 376 (2001). For discussion of other constructivist assignments, see Elizabeth Fajans & Mary R. Falk, *Comments Worth Making: Supervising Scholarly Writing in Law School*, 46 J. LEGAL EDUC. 342, 350–52 (1996).

A reader in 2015 might also ask how expansive the “context” of a legal conflict might be. Camus uses the hostile Algiers environs to key into the existential condition of Meursault. The leitmotifs of an impersonal sun and an empty, diaphanous desert are prime movers in the story. These contextual facts are written into the Fact Statement of Part I to explain the fundamental loneliness and apartness of Meursault, his status as the outsider. In the same way, today’s legal audiences might seek a Fact Statement that includes the zeitgeist of suspicion that clouds interaction between police and black males. Perhaps these recent high-profile trials should detail missing facts that have been unable to surface. By expanding upon the *Shuttlesworth* ethic of a comparative context, the upheld “in the beat” decisions of law enforcement might begin to feel more “Kafkaesque” at a systemic level. Courts might not be best positioned to manage these social facts.⁴⁸ But a technocratic approach to the law is also unlikely to uncover them.

Recebido em 17/7/17

Aprovado em 10/8/17

⁴⁸ *E.g.*, JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 53 (14th ed. 2002).

3

UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC (A CRITICAL ANALYSIS ON THE STABILIZATION OF ANTECIPATED JUDICIAL PROTECTION IN THE NEW CPC)

Clênderson Rodrigues da Cruz¹

RESUMO

O presente ensaio tem como objeto a análise crítica do novo regime da tutela provisória no Novo CPC, especificamente a previsão da estabilização da tutela antecipada e sua eficácia no controle da litigiosidade. Nesse influxo, a fim de conhecer o regime que antecedeu o novel diploma, analisaremos criticamente a Tutela Provisória no CPC de 1973, fruto de alterações legislativas ao longo dos últimos 20 anos. Demonstraremos que essas alterações que prestigiam a celeridade (urgência) foram prestigiadas conjuntamente com a “simplificação” do processo, o que culminou na mitigação de suas garantias fundamentais. Por fim analisaremos a estabilização da tutela antecipada em face da duração razoável do processo.

¹ Doutorando em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito Processual PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual da Fapam. Advogado. E-mail: clendersoncruz@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7986631822670463>>.

Palavras-chaves: Novo CPC. Tutela Provisória. Estabilização. Celeridade. Devido Processo Constitucional.

ABSTRACT

This essay is subject to critical analysis of the new regime of interim protection in the New CPC. This influx, in order to know what regime that preceded the novel diploma, critically analyze the Trusteeship Early in 1973 CPC, the result of legislative changes over the past 20 years. We demonstrate that these changes that give prestige to the speed (urgency) were jointly sung with the choir for the “simplification” of the process, which culminated in the mitigation of its fundamental guarantees. Finally, we will analyze the stabilization of early guardianship due to the reasonable length of the process.

Keywords: New CPC. Provisional protection. Stabilization. Speed. Due process.

SUMÁRIO: Introdução; 2. O discurso pela celeridade; 3. As alterações legislativas que antecederam o novo CPC e implantaram as tutelas da urgencialidade; 4. A estabilização da tutela antecipada no novo CPC; Conclusão; Referência bibliográfica.

INTRODUÇÃO

A carência pela implementação de direitos fundamentais tem como resultado direto o forte apelo popular que culmina, muitas vezes, no pleito de uma atividade jurisdicional célere como forma de diminuir suas mazelas cotidianas.

Entrementes, nesse contexto, multiplicam-se propostas de acesso rápido à justiça, às vezes, em prejuízo do devido processo constitucional. O resultado obtido é descompassado com o Estado Democrático de Direito e representa a subvalorização das conquistas processuais pós-Constituição de 1988, em proveito de um famigerado discurso da “pressa”.

Não negligenciamos que a duração razoável do processo também é uma garantia fundamental prevista em nosso CPC, em nossa Constituição e, até mesmo, em Pactos Internacionais ratificados pelo Brasil. Contudo, a duração razoável do processo não se confunde com rapidez,

garantias processuais não são delongas e a participação da parte não é um capricho.

Assim, pretendemos com o presente artigo analisar as alterações legislativas que prestigiam a celeridade (urgência) através de “tutelas” emergenciais estabilizadas em confronto com a principiologia do processo constitucional.

2. O DISCURSO PELA CELERIDADE

A ineficiência do Estado perante a atividade-dever de exercer a jurisdição é uma realidade na sociedade. Vislumbramos nas secretarias dos Fóruns uma crescente carga de ações judiciais que permanecem por um longo tempo aguardando seu desfecho em inversa proporção à estruturação do próprio Judiciário. A sensação de abandono do jurisdicionado impera e ele se sente incapaz de participar ou adentrar na “Lei”, aos moldes *Kafkianos*².

Nesse contexto, as manifestações críticas e as insatisfações com a função jurisdicional são de matrizes variadas perpassando desde a demora crônica em que é prestada até mesmo por sua perspectiva institucional, que embora negligenciada por seus órgãos, assume grande responsabilidade, uma vez que a sociedade deposita esperança nesses órgãos. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2012, p. 155)

Com efeito, é de se esperar que a referida ineficiência tenha consequências e, uma de suas principais, é o clamor social por um processo célere, capaz de lhe ofertar o bem da vida jurídica³ pretendido no menor tempo cronológico⁴ possível, que tem como consequência a propagação da crença de que as responsáveis pela demora seriam as

² *Diante da Lei. Franz Kafka.*

³ LEAL substitui a expressão bem da vida por bem da vida jurídica por se tratar essa da *res in judicium deducta*, ou seja, o provimento deverá observar o princípio da substanciação e se limitar ao que fora pedido na petição inicial, como forma de resguardar o contraditório e a ampla defesa. (2012, p. 138)

⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. Exposição: “O tempo devido do processo penal e a influência das decisões da CADH no Brasil”. II Encontro Nacional do IBRASPP, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 2012.

garantias constitucionais do processo, tais como: o contraditório efetivo, a ampla defesa exauriente e seus efeitos no processo⁵.

Nada obstante, o discurso de que *o tempo é inimigo do direito* ganha relevância na doutrina, alçando as tutelas de urgência o *status* de arma em face desse inimigo (DINAMARCO, 2009, p. 166). Isso porque, conforme Bedaque, o apego exagerado à forma é o fator decisivo para o agravamento da crise no Judiciário, mormente após a expansão do acesso à justiça (2010, p. 22), de forma que as tutelas emergenciais, despidas de formalidades, representariam a solução do problema da litigiosidade.⁶

Sob tais balizamentos, há alguns anos Bedaque propõe a estabilização da tutela sumária de conteúdo antecipatório afastando seu critério provisório e revogável, dispensando a cognição plena. Esta, só teria lugar se alguma das partes requeresse formalmente a tutela de cognição exauriente. (2010, p. 56)

Com efeito, Bedaque cogitava a ideia de que uma vez preenchidos os requisitos da tutela antecipatória, a instauração de processo com a finalidade instrutória de cognição plena seria desnecessária, o que parece redundar em uma confiança sobre-humana que o órgão julgador, da exposição sumária de provas e elementos, pudesse decidir, isoladamente, o caso. A sobredita medida proporcionaria, segundo o autor, uma decisão estável, de caráter definitivo, em uma tutela antecipatória, sem se perpassar pelas fases cognitivas do processo, o que representaria um ganho temporal enorme. (2000)

Santos Filho, na esteira do acima mencionado, afirma que a diminuição da cognição pelo julgador, através do emprego de técnicas de sumarização processual, seria de fundamental importância para uma tutela de efetividade substancial (2005, p. 84).

⁵ Essas garantias constitucionais, juntamente com a isonomia, o direito ao advogado, a fundamentação das decisões, a imparcialidade, a duração razoável do processo representam a observância do devido processo constitucional no procedimento, como condições sem as quais não se efetiva o processo democrático. (CRUZ, 2016)

⁶ Devemos esclarecer que Bedaque elenca o problema estrutural do Judiciário como uma causa para a crise, entretanto, não vê possibilidade de melhora estrutural por ser inviável economicamente. (2010, p. 22)

Para Santos Filho, é absolutamente ineficaz o direito processual que tenha preocupação com sua autonomia e não servir ao direito material, o que segundo ele, redundara em um tratamento do réu como digno de perdão e caridade e privilegiado destinatário da ampla defesa, debitando ao autor o ônus temporal do processo (2005, 107).

É neste contexto que ganha prestígio as chamadas tutelas de urgência⁷ como sendo aquelas capazes de permitir a medida satisfativa final sem a necessidade de percorrer as fases do processo de conhecimento. Corrobora com fato, a adoção de práticas informais e pela redução do processo a uma sequência lógica de atos (procedimento) com a mitigação de garantias fundamentais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação das decisões, direito ao advogado e a imparcialidade).

Entretanto, ao coletar dados sobre a Justiça, percebemos que a sumarização dos procedimentos não gerou o efeito desejado nos últimos anos. Aliás, o colapso do Judiciário está demonstrado pelo “Justiça em Números” do CNJ e sugere um problema estrutural.

Hodiernamente, o Conselho Nacional de Justiça divulga o censo do Judiciário através do Projeto “Justiça em números”, no qual demonstra procurar analisar a litigiosidade no país, tomando por base os números do Judiciário.

Levando em consideração apenas a Justiça Mineira, referente ao exercício de 2014 publicado em 2015⁸, o Relatório revelou que a Movimentação Processual da Justiça Estadual de Minas Gerais possui 4.079.337 casos pendentes, sendo 1.976.428 de casos novos. No mesmo ano foram baixados (encerrados) cerca de 1.730.819 processos. Ao se realizar uma análise desses números, percebemos que os casos novos superam os casos baixados em um percentual de 14% (doze por cento), ou seja, aproximadamente 245.000 processos. (CNJ, 2015, p. 141)

Por outro lado, a taxa de congestionamento em Minas Gerais é de 71,4% (setenta e um inteiros e quatro décimos por cento), sendo

⁷ Segundo Flaviane Magalhães as tutelas de urgência antecipatórias “possuem como característica a satisfatividade, ou seja, atinge o bem da vida pretendido no processo principal, o fato discutido no mérito da causa”. (2011, p. 14)

⁸ Optamos por utilizar os números de 2014 de forma a evidenciar que esses números se referem a vigência do CPC de 1973.

que cada Magistrado possui 6.111 processos sob sua responsabilidade em média. Cada magistrado recebeu aproximadamente outros 1.641 processos no ano sob análise, enquanto os Desembargadores mineiros receberam em média 2.022 processos. No ano em análise, foram proferidas, em média, cerca de 1.553 sentenças por magistrado. Assim, levando em consideração que haviam 6.111 processos sob a responsabilidade de um único magistrado e houve uma média de 1.553 sentenças por magistrado, permaneceram sem solução cerca de 4.500 processos. (CNJ, 2015, p. 141)

Outro dado importante, é que hoje existem 1.645 vagas para magistrados, sendo que dessas vagas, 577 estão sem ocupação, ou seja, quase 30% dos cargos encontram-se em vacância. O mesmo ocorre com os servidores que de 16.363 cargos existentes existem 14.094 providos, restando em vacância cerca de 2.269 cargos, ou seja, quase 15% das vagas. (CNJ, 2015, p. 140)

Vale destacar que, paradoxalmente, mesmo diante desse quadro caótico, ao invés de buscar meios alternativos para desafogamento do Judiciário, o TJMG possuía no ano em análise apenas dezessete centros judiciários de solução de conflito e cidadania⁹. (CNJ, 2015, p. 70)

Outro dado relevante para nossa discussão é que o maior número de ações pendentes na justiça é de natureza executiva, ou seja, aquelas nas quais não há a fase cognitiva ou essa fase já se exauriu. Na verdade, o problema judicial se concentra na ausência de cumprimento da obrigação e não propriamente na cognição do direito, o que se relaciona integralmente com a estruturação. Se a premissa de que a cognição plenária é a responsável pelo grande número de casos e pela demora em sua solução fosse verdadeira, obviamente, deveria se ter uma taxa de congestionamento maior no número de processos de conhecimento.

Visualizamos ainda outro instrumento de coleta de dados, o Relatório de Inspeção Preventiva do Poder Judiciário do Estado de Minas realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - Corregedoria, publicado em setembro de 2012. Ele ressalta, a título de exemplo, que a 3ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte possuía na data da análise

⁹ O número de CEJUSC's aumentaram muito, contando o Judiciário mineiro hoje com 95 CEJUSC, após a obrigatoriedade e vigência do Novo CPC.

1.449 processos paralisados há mais de 30 dias, além de 1.153 processos conclusos há mais de 30 dias, sendo 302 processos para despacho e 851 para sentença.

Destacamos, que tais números não demonstram a ineficiência dos servidores lá alocados, pelo contrário, existiam na referida vara 5.711 processos em tramitação para um único Juiz responsável e 14 servidores, sendo que desses, apenas 11 eram efetivos. O que se vê, destarte, é que a estrutura administrativa e funcional ofertada pelo Estado é insuficiente para se ofertar a duração razoável do processo. O Estado submete tais servidores a condições de trabalho subumanas e as medidas de sumarização da cognição não são suficientes a estancar tal quadro.

Ainda mais, em recente estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas FGV-SP em parceria com o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, chegou-se à conclusão que há vários canais de incentivo à judicialização, como é o caso conscientização do cidadão de seus direitos (o que é louvável), a violação de direitos pelo setor público, a busca de novos nichos pela advocacia de massa e a própria mídia, que ao tentar conscientizar a população de informações sobre seus direitos, dissemina informações equivocadas incentivando o ingresso de pretensões descabidas em juízo.

Com efeito, estes fundamentos demonstram que a cognição exauriente não é a culpada pela não observância da duração razoável do processo, mas, sim, um evidente problema estrutural do Estado.

Por isso, endossamos o posicionamento teórico do Prof. Brêtas de Carvalho Dias, para quem a restrição a qualquer das garantias fundamentais do processo sob justificativa de tornar célere o procedimento revela-se inconstitucional e antidemocrática, estimulando o arbítrio dos juízes e fomentando a insegurança jurídica. (2012, p. 163)

Destarte, ao pensarmos em um sistema de “urgência” não podemos descurar da exigência constitucional do devido processo legal e, conseqüentemente, da cognição plena, bem como imaginar que esse represente a salvação da litigiosidade.

3. AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS QUE ANTECEDERAM O NOVO CPC E IMPLANTARAM AS TUTELAS DA URGENCIALIDADE

Conforme nos informa Andrade e Nunes, o tema das tutelas processuais diferenciadas passou a ser objeto do debate da ciência processual a partir do trabalho do italiano Proto Pisani, em 1973, com a finalidade de se adequar as técnicas de acolhimento do direito as diversas hipóteses de pretensão, quebrando a partir daí o modelo neutro e único de processos ordinários de cognição plena. (2015)

Informam ainda que o CPC de 1973, da lavra de Alfredo Buzaid, buscava a tutela comum, sem as preocupações com o fator temporal. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, o direito processual tornou-se mais sensível as tutelas antecipadas, culminando em várias reformas, com a introdução dessas técnicas da urgencialidade, seguindo a tendência recorrente e existente desde a década de 1970, conforme informa o Relatório Geral do Projeto *Firenze*, de Cappelletti e Garth. (ANDRADE; NUNES, 2015)

Muito embora a preocupação essencial de Alfredo Buzaid no CPC de 1973 era a tutela comum, ele dedicou um capítulo específico para a Tutela Cautelar, criando o Livro IV, do Processo Cautelar. O livro relacionava-se com a ideia de cautelaridade proposta por Calamandrei, em que a tutela cautelar seria o “instrumento do instrumento”. (TALAMINI, 2012, p. 14)

Todavia, evidenciou-se que a função tipicamente cautelar do procedimento impedia a tutela satisfativa. Ademais, o procedimento era dotado de um formalismo desnecessário, ocasionando a duplicidade de processos e conseqüentemente de seus atos, culminando no desuso do processo autônomo, popularizando a cautelar incidental. (TALAMINI, 2012, p. 14)

Por suposto, a cautelaridade prevista originalmente no CPC de 1973 não foi suficiente para afastar o que chamam de “demora inerente ao conhecimento das alegações dos litigantes”. (MARINONI, 2007, p. 365)

Nesta quadra, em meados de 1994 o Código de Processo Civil foi alterado pela Lei n. 8.952/94 com propósito de incluir a antecipação

de tutela de cunho satisfativo em caso de abuso do direito de defesa. A referida alteração normativa teve como fundamento antecipar parte dos resultados do processo, e segundo alguns, como Ovídio Baptista, representou uma profunda reforma ao “envelhecido e arcaico” procedimento ordinário (*apud* Santos Filho, 2005, p. 111). Em 2002, foi incluída mais uma hipótese de antecipação ao permitir a tutela antecipatória da parcela da demanda que se tornou incontroversa.

Essas alterações foram defendidas com veemência por parte da doutrina. Marinoni, um dos percussores no tema, que foi estudado por ele em estágio doutoral na Itália, afirma que nosso Processo Civil é visivelmente atrelado ao liberalismo clássico, donde surge uma posição de vantagem para o réu, que teria a plena realização da oportunidade de defesa antes do provimento, enquanto o autor suportaria o ônus do tempo por essa “proteção”. (2007, p. 367)

Dessarte, o autor propõe que a distribuição do tempo no processo deve seguir a lógica da distribuição do ônus da prova, o que justificaria a tutela antecipatória. Se o autor fez prova de seu direito, surge a possibilidade de ser concedida a tutela satisfativa, enquanto se aguarda que o réu se desincumba do ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (MARINONI, 2007, p. 369)

Com efeito, para Marinoni, a divisão do “ônus” do tempo representaria a prevalência do princípio da isonomia processual. O ônus do tempo do processo é transferido ao réu, por utilizar provas diferentes da documental. (2007, p. 307)

Respeitosamente não podemos concordar com as conclusões acima apresentadas. A tutela antecipada só teria lugar quando se tivesse um direito líquido e certo a ser tutelado. Ao se permitir a antecipação da tutela por probabilidade, rompe-se com o equilíbrio processual. É se aceitar um provimento que venha a causar uma restrição de patrimônio ou de direito ao réu como sanção pelo uso do devido processo legal.

Obviamente, antecipar a tutela satisfativa para evitar o perecimento do direito ou evitar um dano irreparável quando se tratar de um direito pré-cógnito é compatível, todavia, adotar a antecipação da tutela como sanção ou como sumarização do procedimento, é anular toda a conquista dos últimos setenta anos, ignorando o moderno

contraditório e a necessária participação dos sujeitos processuais na decisão.

Outra alteração legislativa antecedente que se assemelha ao instituto que pretendemos estudar e que merece destaque foi a inclusão do art. 285-A no CPC através da Lei n. 11.277/2006. O dispositivo legal citado permitiu ao juiz, antes mesmo de completar a formação da relação processual com a citação do réu, sentenciar pela improcedência liminar do pedido, desde que a matéria tratasse exclusivamente de direito e outros casos idênticos já tivessem tido seus pedidos julgados totalmente improcedentes¹⁰.

Com efeito, o principal fundamento da doutrina para aceitá-la é que não havia afronta ao direito de defesa e a imparcialidade, já que o réu, que não participou, seria o principal beneficiado pela sentença, inclusive por nada suportar. (MARINONI, 2007, p. 364).

É de se ver que o artigo ignorou a concepção mais moderna sobre o contraditório, desconhecendo a essencial participação das partes na construção da decisão. No dispositivo legal citado, verificamos que ainda não superamos o íntimo convencimento do juiz, prejudicando a ampla defesa como argumentação exauriente, uma vez que a decisão nesse caso é ato solitário do juiz. Ademais, representa o dispositivo um abono ao elevado grau de subjetividade do magistrado para aferir o que venha a ser uma causa cuja discussão seja exclusivamente de direito, bem como para confrontar o caso em julgamento com os casos anteriores.

Destarte, desde o código anterior a urgencialidade e a sumarização do direito são realidades em nosso sistema, sem se aperceber que a litigiosidade persiste. O Estado permanece ineficaz, não se estrutura e, o mais grave, exerce uma dominação absoluta através das tutelas socializadoras (escopos metajurídicos do processo).

Ilegitimamente, a lógica de resolução de conflitos por números através da sumarização do processo possui “*uma lógica funcionalista*

¹⁰ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (CPC, 1973)

e perversa, que, certamente, deve ser problematizada discursiva e incessantemente” (NUNES, 2009, p. 174 e 175). Ainda pior, a lógica adotada se mostra ineficaz para diminuir a litigiosidade, conforme demonstramos no item anterior.

4. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC

Conquanto vivamos a era da Constitucionalização do Direito, uma tendência mundial, insistimos em criar meios autocráticos de resolução de nossos conflitos, em boa medida apoiados na celeridade. O Novo CPC reproduz parcialmente tais anseios, o que pode ser verificado a partir da leitura de seu anteprojeto e atual exposição de motivos.

A Comissão de Juristas deixa clara sua opção pela “celeridade”, quando afirma que “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”. Esse potencial está explicitado ao longo do texto legislativo com várias previsões de constitucionalidade questionável.

Na mesma esteira, a comissão de juristas apresenta como marco a “duração razoável do processo”, porque, segundo eles, “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”. Entretanto, percebemos na Exposição de Motivos que a duração razoável do processo foi compreendida como sinônimo de celeridade, o que é um equívoco, uma vez que a duração razoável do processo é um dos corolários do devido processo constitucional e, por óbvio, não admitiria atropelos autocráticos que tem como fundamento a celeridade.

Nesse diapasão, o Novo CPC dedicou um Livro exclusivo ao tema da “Tutela Provisória”, que poderia se fundamentar em urgência (cautelar ou antecipada) e evidência. A primeira pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental e dispensa a existência de processo autônomo para sua instrumentalização aproximando-se do sistema francês, como nos informa Andrade e Nunes. (2015)

Entretanto, nossa atenção se volta principalmente para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, prevista no art. 303 do

Novo CPC¹¹. Autoriza o dispositivo que, se a urgência for contemporânea a propositura da ação, o autor restrinja sua petição exclusivamente ao pedido da tutela antecipada e a indicação do pedido da tutela final, com uma breve exposição da lide, do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Esses elementos seriam suficientes a ofertar ao Juiz material fático e jurídico suficiente aos fundamentos de “seu” convencimento, que deverão ser expostos de forma clara e precisa¹².

Frisamos, a análise desse dispositivo sob a óptica do capítulo das normas fundamentais do processo civil, qualifica-o como um típico instrumento totalitário, em que o Judiciário decidirá e ofertará a tutela de urgência com ausência de provas robustas e de argumentação exauriente, uma vez que o art. 303 as exige.

Acaso seja concedida a tutela, o autor terá o prazo de 15 dias para aditar a inicial, complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar a tutela do pedido final, enquanto o réu será intimado para audiência de conciliação, momento no qual, não havendo composição, será iniciado o prazo para defesa.

No entanto, o objeto de nosso estudo se encontra no art. 304¹³, que prevê que se o réu não interpuser o Recurso em face da concessão da medida, ou seja, Agravo de Instrumento (art. 1015, I), torna-se estável a decisão que concedeu a tutela, com a consequente extinção do processo. Trata-se de uma decisão com exame de mérito, como qualquer outra produzida em um procedimento de cognição exauriente. (RAATZ; ANCHIETA, 2015).

Portanto, mesmo sem haver contraditório ou participação ativa da parte demandada, poderá ser verificado uma decisão estável, passível de execução. Ressaltamos, como pontua Raatz e Anchieta, que essa

¹¹ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

¹² Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

¹³ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

decisão não tem como pressuposto prova, mas, sim, um juízo de probabilidade. (2015)

O instituto jurídico criado da estabilização da tutela provisória a partir do art. 304 do CPC representa a atribuição do caráter monitorio a tutela urgente. Busca o Novo CPC com tal inovação acelerar a produção de resultados práticos (atalho para a execução), atribuir força preclusiva intensa a inercia do réu, transferir o ônus da instauração do processo de conhecimento ao réu e não produz coisa julgada material. (TALAMINI, 2015, p. 24)

Verificamos, assim, a estabilização de uma decisão judicial sem a participação da parte ré, em completa afronta ao contraditório (arts. 7º e 9º). E isso é bem lembrado por Talamini: não há contraditório no processo, nem em sua modalidade eventual, nem em sua modalidade invertida. (2012, p. 23)

Segundo Andrade e Nunes, o Novo CPC trilhou a linha de evolução da tutela sumária, a partir dos modelos francês e italiano, que admitem, como o sistema brasileiro agora, a desvinculação entre a tutela de cognição sumária da tutela de cognição exauriente, tendo como consequência a estabilização da tutela de urgência antecipada sem a necessidade de confirmação ao final pela decisão fruto de uma cognição exauriente. (2015)

Dessa forma, é dever do réu evitar a extinção do processo e consequentemente provocar a cognição exauriente. Para tanto, o meio posto à disposição do réu pelo novo CPC é interpor o recurso cabível, que é o Agravo de Instrumento (art. 1015, I), para evitar assim a extinção do processo e consequente estabilização da decisão, conforme se vê no *caput* do art. 304.

Entretanto, há discussões acadêmicas sobre a taxatividade do meio de evitar a extinção do processo e estabilização da decisão. Há aqueles que acreditam que qualquer manifestação defensiva é apta a impedir a extinção e estabilização do processo, em uma análise lógico-sistemática do parágrafo quarto do art. 304. Assim como há quem creia que a ausência de interposição de Agravo de Instrumento acarreta de imediato a extinção do processo, com a dispensa do autor até mesmo de aditar sua inicial conforme lhe determina o inciso primeiro do parágrafo primeiro do art. 303.

Ademais, restaria ao réu, em caso de extinção, a possibilidade de demandar a modificação ou revogação da tutela antecipada concedida, através de propositura de nova demanda, conforme autoriza o art. 304, § 4º, do CPC. Decerto, esse prazo é limitado, conforme se vê no parágrafo seguinte, limitando-se ao prazo de 2 anos a partir da decisão. Após esse prazo a decisão torna-se estável e não é mais passível de modificação, embora não sofra os efeitos da coisa julgada.

Deve-se esclarecer que a teor do parágrafo sexto do mesmo artigo, essa decisão não é apta a formar coisa julgada, em razão da ausência de contraditório. Talamini esclarece que o “instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente”. (2015, p. 28)

Contudo há informações de que a doutrina estaria proclamando a necessidade de relativizar o parágrafo quinto do art. 304 e conferir um tratamento conjunto para as estabilidades dos atos processuais, com a superação da abordagem cognitivista que concentra na declaração do mérito e conferir caráter regulatório também aos efeitos do ato jurisdicional. (RAATZ; ANCHIETA, 2015). Decerto, faltaria a esse caráter regulatório legitimação democrática, pois essa é oriunda da participação das partes em contraditório e não da normatividade atribuída ao ato pela atividade jurisdicional. Ao que parece, o prazo de 2 anos para exercício de impugnação a tutela antecipada concedida deverá ser considerado um prazo decadencial. (ANDRADE; NUNES, 2015)

Outrossim, a decisão estabilizada oriunda da tutela provisória de urgência nos termos dos arts. 303 e 304, afronta o art. 9º do CPC, uma vez que o inciso primeiro do parágrafo único de tal artigo permite, taxativamente, a inobservância do contraditório em relação a tutela provisória de urgência, e não em relação a decisão estabilizada. Não podemos considerar que a simples oportunidade do contraditório como sua exauriência, até porque não se pode ter certeza de aquele que o réu citado tenha o real entendimento sobre as consequências de sua inércia.

Com efeito, a estabilização da tutela antecipada é recebida de forma festiva pela doutrina que acredita que por meio dela e por técnicas de sumarização, o juiz poderá decidir com base em cognição sumária

com alto grau de estabilidade, prestigiando a celeridade e efetividade do processo. (RAATZ; ANCHIETA, 2015)

Mesmo que justifiquem que a estabilização da tutela antecipada prestigia a celeridade processual, os teóricos que apoiam tal medida esquecem da vigência do Estado Democrático, que exige a cognição exauriente por apresentar maior segurança jurídica e maior grau de participação do sujeito processual na formação da decisão, conforme pontuam Andrade e Nunes:

o processo de cognição exauriente tem as seguintes características básicas: (a) plena realização do contraditório de forma antecipada, ou seja, antes de qualquer decisão de mérito; (b) o contraditório se realiza conforme modelo normativo mais estrito; (c) a cognição plena e exauriente domina todos os elementos de fato e de direito que gravitam em torno do litígio, permitindo ampla perquirição probatória para buscar um alto grau de probabilidade em relação ao acertamento judicial; (d) aos provimentos de cognição plena e exauriente se atribui a autoridade de coisa julgada; (2015)

Mais do que isso. A adoção de técnicas de estabilização das tutelas antecipadas redundaria em várias questões sem resposta. Conquanto não seja possível declinar todas, trazemos algumas delas: como se daria essa estabilização no caso de citação ficta (edital ou hora certa) quando o réu não comparecer e não tiver ciência da existência do processo. Ele sofrerá as consequências dessa tutela? E se apenas descobrir a existência do processo depois de dois anos, operar-se-á a decadência de seu direito de provocar a cognição exauriente? Da mesma forma, e nas ações em que estão sendo discutidos direitos indisponíveis, seria lícito a estabilização sem a cognição exauriente? Sejam simples, seria possível a estabilização sem oportunizar o contraditório? Isso sem imaginar os processos em face da Fazenda Pública. O recurso seria obrigatório ou haveria a remessa obrigatória da decisão concessiva para controle pelo segundo grau? Essas perguntas encontram-se sem resposta, e como diz Talamini, após relacionar os limites e as dúvidas acima, diferentemente da ação monitória, no processo comum nem sempre o que está sendo discutido são cobranças de direitos obrigacionais, o que poderia gerar problemas jurídicos de altíssima gravidade. (2012, p. 25 e 26)

Na verdade, mais do que dúvidas de técnica processual, as questões acima demonstram a ausência de legitimação democrática de tais medidas, que podem ter consequências extremamente severas.

E como se comprovou com dados oficiais no tópico anterior, a adoção de medidas de urgência há mais de vinte anos não nos garantiu uma diminuição de nossa litigiosidade, pois não ataca o verdadeiro problema que é a execução e a ausência de estrutura do Estado para solucionar todas as demandas. Pode até haver diminuição do tempo de uma sentença tencionada a ser definitiva, no entanto, a satisfação das obrigações representadas por esses direitos pode permanecer sem resolução.

Com essas medidas apenas reforçamos os déficits de democraticidade de nossa sociedade, entregando nossa sorte ao Judiciário, que mesmo imbuído de sentimentos castiços, não possui estrutura para receber toda essa massa de conflitos. Por isso, devemos pensar um caminho alternativo e romper com a persistência dessas ideias de prestígio à “pressa”, à sumarização do direito, entre outras, que perduram há mais de meio século.

Não olvidamos que a demora processual é prejudicial à instalação do Estado Democrático de Direito; também não sustentamos que a Constituição não trouxe em seu bojo a consagração da duração razoável do processo. Também não ignoramos os benefícios que podem ser verificados nas tutelas de urgência em casos específicos. O que pretendemos, destarte, é pensar um caminho para harmonizar o princípio da duração razoável e suas medidas de urgência com o processo constitucionalizado.

Brêtas de Carvalho Dias assevera que a exigência constitucional da duração razoável do processo não pode impor ao povo a aceleração de procedimentos pela diminuição das garantias processuais, sob pena de ser considerada inconstitucional. (2012, p. 163)

Nesse contexto, poderíamos ter como argumento ideológico e descompromissado com a Democracia a afirmação que a sumarização do procedimento através de estabilização de tutelas antecipadas seria capaz de eliminar a massa de conflitos e isso foi demonstrado acima. Pelo contrário, o referido argumento reforçará os grandes déficits de democraticidade, uma vez que a técnica estudada nesse artigo fortalece a figura do Juiz e importa diretamente em um ambiente totalitário.

Não acreditamos que seja necessária a escolha entre processo em tempo razoável (que insistem em chamar de *célere*) e garantias processuais, o que levaria supostamente na necessária escolha de um em prejuízo do outro. No Estado Democrático de Direito é vedada a referida exclusão, sendo certo que esses não se repelem, ao contrário, tem uma íntima ligação.

Com efeito, é possível o controle do tempo do processo pelo devido processo legal, quando esse é visto como uma estrutura técnica procedimental capaz de permitir a fiscalização absoluta por todos os sujeitos processuais¹⁴, de todos por todos.

Conquanto seja atraente o discurso da celeridade, as disposições constitucionais, mormente as de garantias fundamentais do processo, não são comandos normativos abstratos e entregues exclusivamente ao Juízo que recebe a missão de efetivá-los solitariamente. Ao contrário disso, o discurso constitucional tem sua interpretação sistêmica construtiva e operacional pelo povo por meio de uma teoria do processo. (LEAL, 2013, p. 37)

Com efeito, a duração razoável do processo assegurada na CF/88 não representa aceleração pela decisão segundo a consciência do juízo (com abolição da participação das partes na formação do provimento) (LEAL, 2013, p. 17).

Portanto, o que está assegurado é processo sem demasiada demora, com espaço-tempo adequado a realização de todos os atos, garantindo às partes a atuação e participação na formação do provimento, em todos os âmbitos. Outrossim, que permita, sem atropelos, o respeito às garantias fundamentais do processo e que satisfaça também aos anseios das partes, não se tornando um motivo de tortura psicológica.

CONCLUSÃO

Em conclusão percebe-se que a estabilização das tutelas antecipadas, ou seja, a adoção de “tutelas” emergenciais não são suficientes para alcançar a razoável duração do processo. Em que pese os esforços

¹⁴ Sujeitos processuais aqui considerados as partes, o juiz, o ministério público, os auxiliares da justiça, enfim, todos aqueles que de certa forma participam do procedimento.

teóricos no sentido de informalizar o processo, tal medida não importará em diminuição da litigiosidade.

Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça esclarecem que as medidas emergenciais adotadas há mais de 20 anos, inclusive com a mitigação de garantias constitucionais do processo, não vêm surtindo o esperado efeito, demonstrando que um dos problemas principais é a ausência de estrutura funcional da Função Jurisdicional.

É diante de tal quadro que se acredita que a estabilidade da tutela antecipada não trará diminuição efetiva da litigiosidade, mas sim a abertura da fiscalidade ampla e irrestrita em todos os níveis de poder pelo devido processo constitucional que poderá trazer benefícios e uma melhora ao sistema judicial, como forma de permitir aos legitimados a participação e fiscalização do tempo do processo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANCHIETA, Natasha; RAATZ, Igor. *Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada*. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BAPTISTA, Ovídio. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira – Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2015: ano-base 2014/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de Inspeção Preventiva – Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2012
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma trajetória conjectural*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 1. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Estudos em Avaliação Educacional*. São Paulo, n. 20, p. 183-202, jul-dez. 1999.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. 4. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TALAMINI, EDUARDO. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. In Revista de Processo. REpro. Ano 2012. Edição 209.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VARGAS, Daniel Vianna. *Da tutela antecipada antecedente no Novo CPC – Breves Observações*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 106-113, set.-out. 2015.

Recebido em 4/5/2017

Aprovado em 29/5/2017

4

OS NOVOS CICLOS HERMENÊUTICOS DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR (THE NEW HERMENEUTIC CYCLES OF CONSUMER VULNERABILITY)

Henrique Alves Pinto¹

Área: Direito do Consumidor; Direito Civil.

RESUMO

A interpretação da vulnerabilidade presumida de forma absoluta pelo CDC ao consumidor pessoa física tem recebido positiva ampliação hermenêutica pelos operadores do direito.

Palavras-chave: Consumidor; Vulnerabilidade; Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

The interpretation of absolute vulnerability of the individual consumer presumed by the CDC has received positive hermeneutic expansion by jurists.

Keywords: Consumer; Vulnerability; Hipervulnerable.

¹ Mestrando em Direito Público e Políticas Públicas pela UNICEUB (Centro Universitário de Brasília); Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito CNEC – Unai – MG. Ex-professor Direito do Consumidor da Universidade Federal de Uberlândia.

Sumário: Introdução; 1 O substrato fático-social gerador do conceito legal de vulnerabilidade; 2 O empoderamento da vulnerabilidade pela interpretação: as novas faces da vulnerabilidade do consumidor; 2.1 A vulnerabilidade comportamental; 2.2 A vulnerabilidade na relação com a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada; 3 Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O imprescindível estudo a respeito dos direitos dos consumidores, não é só no Brasil, mas também em âmbito mundial, leva o seu estudioso a chegar, por meio de suas primeiras impressões, à seguinte conclusão: a de que, muito mais do que um conjunto de normas de direitos e princípios que tendem a disciplinar a proteção e a defesa dos consumidores de modo geral, está este campo do estudo jurídico vocacionado também à implementação efetiva dos direitos dos consumidores por meio não apenas dos mais variados mecanismos processuais como também por uma nova hermenêutica renovadora da interpretação dos mais diversos dispositivos previstos em leis formais e substantivas dos direitos dos consumidores.

Durante vários anos, a máxima de que a Lei nº 8.078 de 1990 é o estatuto normativo que trata os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades tem recebido novos elementos agregadores à sua força normativa como forma de atualização sistêmica no combate tanto das velhas quanto das novas e frequentes formas de abusos praticados por fornecedores em face dos consumidores no mercado de consumo. Esta força atualizadora pode ser percebida pelos vários estudos a respeito da distinção de princípios e regras que, no Brasil, acabaram gerando a superação do tradicional conceito de princípios enquanto normas nucleares do sistema, sendo as regras as formas pelas quais os princípios encontram sua concretização.

Apesar de o tema central deste trabalho não ser o de efetuar a discussão a respeito da diferença entre princípios e regras nas teorias mais recentes propostas por Robert Alexy, Ronald Dworkin, José Joaquim Gomes Canotilho, dentre outros importantes filósofos do Direito, filia-se aqui à concepção proposta por Alexy, segundo a qual²

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio

“os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* (itálico no original), que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* (itálico no original) no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

Assim, por ser o direito do consumidor no Brasil dotado de *status* constitucional fundamental e diante da alta carga principiológica com elevado teor interpretativo na sua compreensão, é que se examinará não apenas o reconhecimento expresso da vulnerabilidade do consumidor enquanto elemento *a priori* deste sistema de direitos, como também de que forma as novas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais contribuem para o reconhecimento das vulnerabilidades implícitas, tais como a vulnerabilidade comportamental e a hipervulnerabilidade, as quais configuram o propósito inicial e final deste indispensável microsistema jurídico.

1. O SUBSTRATO FÁTICO-SOCIAL GERADOR DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE

O consumo, ato básico de sobrevivência da humanidade, assim como suas atividades correlatas, sempre ofereceu uma série de elementos a partir dos quais as formas e padrões de vida podem ser moldadas por meio da ajuda da “inventividade cultural conduzida pela imaginação”.³

Diante disso, de acordo com os estudos de Zygmunt Bauman⁴, há uma diferença entre os conceitos de “consumo” (algo banal e trivial, indispensável à sobrevivência de seres humanos) e o “consumismo”

Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 91-92.

³ BAUMAN, Zygmunt. Tradução Carlos Alberto Medeiros. *Vida para Consumo – A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 38.

⁴ BAUMAN. Op. cit., p. 41.

ao considerar que este “é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros quanto ao regime’, transformando-os na *principal força propulsora e operativa da sociedade*, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais”.

O consumismo bauminiano passa a ser o principal atributo da sociedade a partir do instante em que a sociedade de produtores, cujo elemento principal era o trabalho, cede espaço à sociedade líquida-moderna pautada por uma cultura agorista.

Na era da sociedade sólido-moderna de produtores a ideia de riqueza residia basicamente numa concepção de segurança. Apostava-se na famigerada filosofia da busca pela posse excessiva de bens, geradora de conforto enquanto o meio ideal de proteção contra as agruras do destino. Os bens adquiridos que representavam manifestação de riqueza e respeito de seus proprietários, os bens duráveis, não eram destinados ao consumo imediato e ao desfrute de prazeres mundanos. A “utilização, no todo ou em parte, do potencial dos bens de consumo para oferecer conforto e segurança precisava ser adiada, quase indefinidamente, no caso de terem deixado de realizar a principal função na mente de seu dono quando foram, de maneira laboriosa, montados, acumulados e estocados – ou seja, a função de continuar em serviço enquanto pudesse sugerir a necessidade de usá-los (praticamente ‘até que a morte nos separe’)”.⁵

O fato é que esta influente ideia prevalecente na sólida sociedade de consumo, a do desejo eterno de segurança, não dialogava com aquilo que posteriormente veio a ser identificado por Bauman como a sociedade líquida de consumo. Durante esta fase de transição, isto é, a da sociedade sólida para a sociedade líquida de consumo em que o consumismo passará a ser sua mola propulsora, além da ideia reinante sobre o corpo social, a vontade de segurança paulatinamente se transforma em seu maior risco.

⁵ BAUMAN. Op. cit., p. 43.

Na sociedade líquida de consumo, de forma até impressionante, o acúmulo de bens duráveis cede espaço à satisfação dos desejos, não apenas à satisfação que se realiza por si só pelo ato de consumo, porque esta espécie de satisfação também não atende ao consumismo bauminiano, mas, sim, a um crescente e intenso volume de desejos criados pelas supostas necessidades desenvolvidas pela nova industrialização. A atmosfera líquida-moderna só se satisfaz com o consumo imediato e, como dito antes, a cultura agorista é totalmente aversa ao planejamento de longo prazo. E é exatamente esta *nowist culture*, expressão utilizada por Stephen Bertman, autor estudado por Zygmunt Bauman, que nos revela exatamente o modelo de sociedade em que nós consumidores vivemos atualmente. Pela cultura agorista, elemento intrínseco da sociedade líquida de consumo, é que se verifica a crescente instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das supostas novas necessidades da convivência na vida moderna.

A economia consumista, por exigir novas necessidades e novidades, cria também paralelamente a este movimento, nem tão comentado assim, um largo depósito de lixo para onde as não tão antigas novidades são frequentemente encaminhadas para serem substituídas pelo último modelo, que dali a pouco, às vezes em até menos de um ano, tudo a depender da categoria daquilo que se compra neste intenso mercado de consumo, também terá o mesmo destino, pois o tempo da sociedade líquida não é nada linear.

Como forma de exemplificar isto, pode-se citar como exemplo a iterada prática efetuada por famosa marca multinacional de aparelhos de alta tecnologia, que na campanha de marketing de seus produtos, feita anualmente, costuma apontar algumas “novidades” no seu novo “modelo de telefone celular” como forma de atrair os seus fieis consumidores à sua aquisição. Seja por meio de um mais “rápido” processador ou pelo acréscimo de uma ou mais câmeras nos seus sistemas de filmagem ou de fotografias, ou principalmente, pela felicidade “pontilhista”⁶ de se adquirir o último modelo lançado. Aqui o modelo

⁶ O termo pontilhista se refere a uma metáfora utilizada por Michel Maffesoli na sua obra *L'instant eternal. Le retour du tragique dans les sociétés postmodernes*, La Table Ronde, 2000, p. 16, em que este autor, ao ser estudado por Bauman, diz que o tempo nas sociedades líquidas de consumo seria algo

antigo pode ir para o lixo ou pode ser readquirido pela operadora que o vendeu a seu cliente sob a promessa de alguma vantagem.

Todavia, o fato a ser notado, é o de que o consumidor acaba se envolvendo em um intenso e vicioso ciclo de consumo praticado pelo *modus operandi* dos detentores da tecnologia, não de criação de produtos e serviços frequentemente lançados no mercado, mas também e principalmente por aqueles que se especializam em convencer, seduzir e induzir o consumidor ao ato de consumo que nesta nova liquidez social deixa de ser algo tão banal.

2. O EMPODERAMENTO DA VULNERABILIDADE PELA INTERPRETAÇÃO: AS NOVAS FACES DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

De maneira bastante elucidativa e sem qualquer pretensão de se efetuar densa demonstração a respeito das correntes da Teoria Geral do Direito, é necessária uma breve discussão a respeito do positivismo jurídico, do pós-positivismo, da constitucionalização do direito privado e da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois todos eles estão ligados ao tema do empoderamento da vulnerabilidade do consumidor diante dos novos estudos doutrinários e da nova construção normativa realizada pelos órgãos julgadores.

Neste sentido, afirma-se que o positivismo jurídico permitiu ao jurista uma análise objetiva da ordem jurídica de um determinado país. Isto é, conforme Hans Kelsen⁷, um “fundamento de validade da norma jurídica”.

dotado de grande ruptura e descontinuidade, por intervalos que separam pontos sucessivos que rompem com vínculos entre eles e com conteúdos totalmente distintos. O tempo pontilhista nos remete a uma vida apressada e a oportunidade oferecida por cada um destes pontos não poderá ser perdida. Algo similar ao que acontece na *nowist culture*, onde o descarte e a substituição são elementos latentes. A cada nova oferta de novo produto, caso seja adquirido pelo consumidor, este experimentará, através deste ponto, uma nova sensação. Se boa ou ruim não se sabe, pois o importante é que dali a um ano ou até alguns meses este ponto voltará a eclodir, e espera-se que ele seja mais intenso, pois esta é a mola propulsora do consumismo da líquida sociedade de consumo.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 215.

Assim, na busca de maior segurança jurídica, é o positivismo jurídico baseado por uma ausência de valores, guiado pela legalidade acrítica em total abstenção dos aspectos sociais do Direito. Nele não havia discussões a respeito da razoabilidade, da justiça e do interesse de agir, pois tais assuntos se restringiam à positivação da norma, que fundamentava e legitimava a ordem jurídica estabelecida, seja ela qual fosse.

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, com a incorporação da dignidade da pessoa e dos novos valores sociais e culturais nos mais variados textos constitucionais, o positivismo jurídico demonstrou que não mais atendia aos desejos da nova era política que surgia. Como observado por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, “curiosamente, a derrocada do positivismo correspondeu à decadência dos regimes fascista na Itália e nazista na Alemanha e, entre nós, correspondeu ao movimento de redemocratização do País”.⁸

Atualmente, o fenômeno que aos juristas se apresenta é a fase pós-positivista, o que não implica dizer que houve uma ruptura definitiva com a anterior fase positivista, que é imprescindível para a compreensão desta nova etapa das Ciências Jurídicas. O pós-positivismo proporciona a análise social do Direito, incluindo nele ideias baseadas na igualdade mínima material. Por ele se aprofunda o estudo da razoabilidade, há uma busca na construção do conceito de justiça apoiado no valor e não apenas no plano da norma hipotética fundamental. E é exatamente por este caminho aberto pelo pós-positivismo que ocorre a passagem “de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição”.⁹

Através desse momento vivenciado pelo Direito, o da constitucionalização do direito infraconstitucional, em especial, o do direito civil, registra-se definitivamente a passagem da Constituição para o âmago do debate jurídico, “de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil”.¹⁰

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol. 1. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 37.

⁹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 41.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 407.

Para o Min. Luís Roberto Barroso, “é nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios, que incluem: (i) a função social da propriedade e do contrato; (ii) a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a boa-fé objetiva; (iv) o efetivo equilíbrio contratual”¹¹

Como consectário lógico da constitucionalização do direito civil e no geral do direito privado, chega-se à seguinte conclusão: a de que mesmo nas relações demasiadamente privadas existe a possibilidade de aplicação direta ou indireta, imediata ou mediata de direitos fundamentais, tudo a depender da intensidade experimentada nestas relações jurídicas. E de acordo com Daniel Sarmiento, “apesar da existência de alguns estudos precursores na doutrina brasileira antes disso, foi só nos últimos anos que surgiram as primeiras obras específicas abordando a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídica nacional. E o que se tem percebido entre nós é uma nítida preferência pela tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado”¹²⁻¹³

“Isto significa, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais”¹⁴

Quanto às cláusulas gerais, pode-se dizer que são elas uma espécie de texto normativo em que o seu antecedente (a hipótese fática) é dotado de termos propositalmente vagos inseridos pelo legislador

¹¹ BARROSO. Op. cit., p. 407.

¹² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2º. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 246.

¹³ Para apontamento jurisprudencial a respeito da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas vale a pena conferir o julgamento do REsp 962980/SP, da relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, publicado no DJe em 15/05/2012.

¹⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 343.

sendo o seu consequente (efeito jurídico) composto por elementos indeterminados. É desejo das cláusulas gerais gerar uma oxigenação constante do sistema sem que a todo instante o texto legal sofra reformas pelo legislador. A cláusula geral “confere uma nova tábua axiológica ao direito, como propicia o influxo dos microsistemas”¹⁵

E é neste novo cenário da Teoria Geral do Direito que reside a vulnerabilidade enquanto princípio reitor das relações de consumo, considerada como umas das mais importantes cláusulas gerais positivada no texto do CDC. Na medida em que se alterarem os valores de uma dada sociedade de consumo, a vulnerabilidade gerará mutações nas interpretações do direito do consumidor. A vulnerabilidade, hoje, vai muito além da vulnerabilidade fática, técnica ou jurídica do consumidor.

E por fim, a exemplo do que ocorreu durante a transição do positivismo jurídico para o pós-positivismo, percebe-se que as tradicionais concepções da vulnerabilidade, de forma alguma foram deixadas a ermo, pois só se pode falar em múltiplas faces da vulnerabilidade se se partir de toda a construção até agora feita pelos estudiosos combinada com a atividade normativa jurisdicional. A partir de agora, é isso que se passa analisar.

2.1 A vulnerabilidade comportamental

Esta moderna acepção da vulnerabilidade consumerista no Brasil tem merecido importantes estudos da professora Dra. Amanda Flávia de Oliveira. A vulnerabilidade comportamental parte do pressuposto de que o ato de consumo é um objeto do conhecimento humano que está muito além de sua amplitude jurídica ou econômica, pois apresenta também vários desdobramentos em outras ciências, tais como a biologia, a antropologia, a psicologia, a matemática, as ciências da administração, dentre outras. A vulnerabilidade comportamental quer estudar o consumo no direito não apenas pelas tradicionais órbitas do conhecimento e metodologia do direito civil e do direito econômico, pois diante da complexidade com que o consumo na atualidade se apresenta, faz-se necessário ir além.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 159.

É diante deste quadro que o ato de consumo gerador da vulnerabilidade comportamental é influenciado pelas concepções da Análise Econômica do Direito, método interpretativo do direito amplamente desenvolvido pela Escola de Chicago nos Estados Unidos na década de 60 do século passado que tem por objetivo maior efetuar a análise dos papéis assumidos pelos agentes econômicos (consumidores de modo geral) quando estes comparam os benefícios e os custos das diferentes opções antes de tomar uma decisão, seja ela de cunho econômico, social ou cultural. Estas relações entre custos e benefícios são avaliadas de acordo com as preferências dos agentes mediante o conjunto de informação disponível no momento da avaliação.

Ainda no exame destas novas ferramentas para o aprofundamento do estudo do ato de consumo e da vulnerabilidade comportamental, destaca-se o papel da psicologia na análise intersubjetiva dos motivos que levam o consumidor a adquirir produtos no mercado de consumo.

A psicologia direciona as suas preocupações aos “aspectos relacionados à (ir)racionalidade do processo de escolha/decisão humana, bem como com os motivos que subjazem à escolha dos mais variados bens de consumo. Porém, ao invés de restringir o comportamento do consumidor à maximização da utilidade (o que é feito pela AED, pois para ela a escolha é pautada pela racionalidade), essa disciplina procura identificar a imensidão de fatores que influenciam na escolha e interessa-se por vários processos de decisão, desde a decisão considerada controlada, baseada em custos e benefícios, até aquelas decorrentes de comportamentos impulsivos”¹⁶.

Para uma compreensão mais apurada da nova temática do ato jurídico de consumo, podem ser apontados dois grandes estudiosos da Economia Comportamental considerados como os responsáveis pela aproximação entre Psicologia e Economia, durante a década de 70 do século XX, Daniel Kahneman e Amos Tversky.

A Economia Comportamental ao identificar e estudar uma série de padrões comportamentais dos seres humanos chegou à conclusão de que o ato de escolha das pessoas não é totalmente pautado por

¹⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. *Vulnerabilidade comportamental do consumidor: porque é preciso proteger a pessoa superendividada*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 104. ano 25. p. 181-201. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2016, p. 183.

uma relação racional entre custo e benefício como entende a Escola da Análise Econômica do Direito. Para a Econômica Comportamental, pelo menos em termos econômicos, a tomada de decisão por nós seres humanos é de fato pautada pela racionalidade, contudo esta racionalidade não é tão pura assim como se imaginava, pois na verdade ela acabou se demonstrando limitada até demais. Estas limitações se relacionam a processos heurísticos, que são aqueles definidos como regras que facilitam o processo de decisão, mas que geram falhas que são repetidas de forma sistemática. A heurística¹⁷ é um pensamento

¹⁷ Para Daniel Kahneman, ao explicar de modo elucidativo os conceitos de heurística e tomada de decisões enquanto modalidades de processos cognitivos são feitas as seguintes classificações, a do Sistema 1 e a do Sistema 2. O primeiro trabalha de forma automática e rapidamente, às vezes com pouco ou até mesmo sem nenhum esforço e sem nenhum senso de controle voluntário, é propenso a acreditar e confirmar negligenciando a ambiguidade para superar a dúvida. Já o segundo coloca as suas atenções às atividades mentais mais laboriosas que o requisitam, trabalha de forma mais lenta do que o Sistema 1, é menos impulsivo, está ligado ao raciocínio, à concentração e a um processo de escolha mais adequado. E uma das principais funções do Sistema 2 é a de supervisionar e controlar os pensamentos e ações propostos pelo Sistema 1, permitindo que parte deles sejam expressos por meio do comportamento das pessoas com a supressão e modificação de outros. Para melhor compreensão da forma como operam estes dois sistemas, Kahneman oferece o exemplo deste breve silogismo (p. 60), “pelo qual deseja que o leitor tente determinar o mais rapidamente que conseguir, se o argumento que se segue pode ser considerado logicamente válido. A conclusão partirá das seguintes premissas: *Todas as rosas são flores. Algumas flores murcham rápido. Logo, algumas rosas murcham rápido.* Para ele, a grande maioria dos alunos universitários aos quais este teste foi submetido endossou este silogismo como válido. Contudo, o argumento é falho, pois é possível que as rosas não estejam entre as flores que murcham rápido. O fato é que uma resposta plausível nos ocorre imediatamente por obra do Sistema 1 e superar esta primeira resposta exige um árduo trabalho. A ideia insistente gerada pelo Sistema 1 de que ‘é verdade, é verdade!’ torna difícil verificar a lógica, e a maioria das pessoas não se dá ao trabalho de pensar sobre o problema. Esse experimento tem implicações desencorajadoras para o raciocínio na vida cotidiana. Ele sugere que quando as pessoas acreditam que uma conclusão é verdadeira, também ficam muito propensas a acreditar nos argumentos que parecem sustenta-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis. Se o Sistema 1 está envolvido, a conclusão vem primeiro e os argumentos se seguem.” (KANEHMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – Duas formas de Pensar*: tradução Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012).

mais rápido e menos reflexivo, funciona ela como uma espécie de automatismo de nós seres humanos e possui uma lógica amplamente distinta da óptica lógico-formal dotada de maior caráter reflexivo com redução de impulsividade.

No direito do consumidor vigente no Brasil, esta racionalidade limitada do processo de escolha desenvolvida pela Economia Comportamental é um importante ingrediente na compreensão da vulnerabilidade enquanto princípio presente na Lei nº 8.078 de 1990.

“Um dos dados mais consistentes da Economia Comportamental diz respeito ao aparente conflito entre as alternativas de curto e longo prazo, e que pode resultar em escolhas dinamicamente inconsistentes. Os consumidores geralmente seguem o modelo do desconto hiperbólico, segundo o qual se descontam mais os resultados num futuro próximo do que os resultados num futuro mais distante, o que tem sido interpretado como uma manifestação de violação da racionalidade”¹⁸

Problemas desta natureza, de falta de autocontrole nas compras impulsivas, a superficial visão do consumidor a respeito de financiamentos assumidos a longo prazo quanto aos seus altos encargos e do frequente bombardeio midiático por companhias que oferecem crédito e facilidades até mesmo ao consumidor com crédito negativado combinadas com a instabilidade econômica do país experimentada num período muito recente, geraram uma grande massa de consumidores totalmente obedientes às suas dívidas com drástico comprometimento em seus orçamentos familiares.

Tais problemas, diga-se de passagem, não estão restritos apenas às classes sociais menos favorecidas da sociedade. Este é um mal que acomete as pessoas de maneira geral, pois estas acabam subestimando suas próprias perspectivas de sofrerem algum imprevisto durante todo este processo de aquisição de algo a longo ou a curto prazo. Esta preocupante noção, a de que “isto não irá acontecer comigo” tem sido muito percebida no mercado de concessão de crédito brasileiro. Cresceu muito a quantidade de consumidores endividados por gastos que vão além de suas possibilidades. Daí a importância dos dados obtidos

¹⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Op. cit., p. 184.

pela Economia Comportamental no trato da proteção e defesa do consumidor superendividado.

Para a Economia Comportamental, com base nas avaliações psicológicas dos consumidores de modo geral a respeito dos seus comportamentos quanto à aquisição de produtos e serviços no mercado de consumo, a de que o ato de escolha é muito menos racional do que se imagina, não basta à legislação, que tem como escopo maior proteger e defender o consumidor, se satisfazer apenas com uma noção de vulnerabilidade pautada pelo princípio da igualdade. E ainda que a vulnerabilidade venha acompanhada do direito básico à informação, estes direitos por si só também não se mostram suficientes por conta das fragilidades do processo de escolha.

Sob a perspectiva da Economia Comportamental aliada a uma política nacional de concessão de crédito aos consumidores de forma mais responsável por parte de instituições financeiras e estabelecimentos congêneres menciona-se o PLC nº 3.515/2015, que visa alterar o CDC e o art. 96 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoamento do tema, ao dispor também sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Com a aprovação do projeto de lei supracitado, ao CDC seria acrescentado o Capítulo VI-A que trata da Prevenção e do Tratamento do Superendividamento, que por seu art. 54-A, tem a finalidade maior de prevenir o superendividamento da pessoa natural além da disposição sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. Além disso, o próprio art. 54-A no seu § 1º, dispõe que “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.

Pelo PLC nº 3.515/2015 acrescentam-se dois novos instrumentos ao poder público, previsto no *caput* do art. 5º da lei consumerista que trata da execução da Política Nacional das Relações de Consumo: os incisos VI e VII. Esses dispõem que serão instituídos mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; além da instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento, respectivamente.

O PLC nº 3.515/2015 é um dos primeiros passos na direção do reconhecimento e fortalecimento da vulnerabilidade comportamental no plano do direito positivo.

Em conclusão, “a vulnerabilidade comportamental representa o reconhecimento das humanidades e das limitações intrínsecas do consumidor contemporâneo, que desenvolve estratégias de sobrevivência para apropriar-se a um estilo de vida ideal”.¹⁹

2.2 A vulnerabilidade na relação com a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada

Como dito antes a vulnerabilidade é condição intrínseca e *a priori* de todo e qualquer consumidor inserido no mercado de consumo, é ele a parte mais fraca da relação de consumo, é ele também a pessoa que se coloca em situação de inferioridade perante a grande massa de fornecedores que se organizam, de modo geral, de forma mais técnica e científica, durante o ato de inserção de seus produtos assim como a prestação de seus serviços. O direito do consumidor é criado no Brasil justamente como meio de propiciar proteção mais adequada a este sujeito considerado vulnerável.

“Contudo, mostra a experiência que certa categoria de pessoas merece atenção ainda mais detida. São os chamados *hipervulneráveis*, assim compreendidos aqueles que, por ostentarem uma condição específica (i.e., crianças, idosos, analfabetos, portadores de enfermidade ou deficiência), apresentam uma *vulnerabilidade agravada*.”²⁰

A hipervulnerabilidade é um conceito implícito na legislação brasileira que se retira dos princípios constitucionais. A hipervulnerabilidade, enquanto desdobramento da vulnerabilidade, mergulha nos fluidos conceitos advindos das cláusulas gerais com o objetivo maior de efetivar direitos fundamentais de consumidores que necessitam de proteção redobrada por parte de nossa legislação consumerista. A hipervulnerabilidade toma como base nuclear a cláusula geral

¹⁹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Op. cit., p. 196.

²⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular?* Revista de Direito do Consumidor. vol. 99. ano 24. p. 285-305. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015, p. 286.

constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) por impor a preponderância dos interesses existenciais das pessoas em detrimento dos interesses patrimoniais contidos em negócios jurídicos consumeristas, como forma de fazer valer o respeito a esta nova igualdade que surge que é o “direito à diferença e à diversidade”.²¹ É na opinião de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, o surgimento “de uma nova igualdade com ‘alma’ e com ‘calma’”.²²

“Combinando esta visão do presente, do estado atual da sociedade brasileira no início do século XXI, com a reconstrução que parece estar acontecendo neste aqui denominado ‘novo’ direito privado brasileiro pela atuação dos direitos humanos (o *Leitmotive* destacado por Jayme em 1995), chegamos à conclusão de que o direito privado atual, pós-moderno ou contemporâneo, somente pode ser o que é por atuação do direito público no assegurar um Estado de Direito e pela iluminadora ‘Força’ da Constituição Federal de 1988, e assim revisita os ideais do direito moderno público e privado: de uma nova *igualdade*, de uma *nova liberdade* e de uma *nova fraternidade* (itálicos no original)”.²³

A vulnerabilidade já está consolidada como um princípio, enquanto a hipervulnerabilidade começa a buscar o seu importante espaço neste novo cenário jurídico da pós-modernidade. A hipervulnerabilidade se tornou expressão paradigmática no voto do Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, no julgamento do REsp 586.316/MG, que tratava sobre a obrigatoriedade de informação nos rótulos acerca da presença de glúten nos alimentos, haja vista a *hipervulnerabilidade* dos consumidores portadores de doença celíaca. Por ele foi destacado que “ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados,

²¹ Esta expressão é obra dos estudos de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, em obra coletiva intitulada “*O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*” publicada pela Ed. Revista dos Tribunais no ano de 2014, p. 191, na sua 2º edição, ao estudar o futuro da proteção dos vulneráveis pelo novo direito privado com base nos ensinamentos de Erik Jayme.

²² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.

²³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 191.

mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna”.^{24,25}

A hipervulnerabilidade é a vulnerabilidade agravada do consumidor por suas circunstâncias fáticas e sociais. Seja por conta de sua idade reduzida, como nos casos de crianças e adolescentes, seja por conta de sua idade avançada como nas situações envolvendo o idoso como contratante de plano de saúde ou por meio de empréstimo com desconto em folha de rendimentos por ele recebido, seja por conta também da condição intelectual do consumidor como no caso dos analfabetos e por fim, em relação também aos portadores de deficiência quando colocados na condição de destinatário final de produtos ou serviços.²⁶

²⁴ REsp 586.316/MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin.

²⁵ De acordo ainda com o que foi decidido no REsp 586.316/MG: “São exatamente os consumidores *hipervulneráveis* os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. *Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à “generalidade das pessoas”, é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade* (itálico nosso). Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador”.

²⁶ Neste sentido, veja o caso julgado pelo STJ envolvendo a proteção do direito à informação dos portadores de deficiência visual durante a celebração de contratos bancários com instituições financeiras. Aqui este Tribunal Superior reconheceu a necessidade de que a instituição financeira deve tecer o seu contrato no método braile para fazer valer o direito à adequada informação destes consumidores em virtude da situação de hipervulnerabilidade sob às quais se encontravam diante daquele fornecedor: “Recurso Especial. Ação Civil Pública. Consumidor. Pessoa Portadora de Deficiência Visual. *Hipervulnerável* (grifo nosso). Contratos Bancários. Confecção no Método Braille. Necessidade. Dever de informação plena e adequada. Efeitos da sentença. Tutela de interesses difusos e coletivos stricto sensu. Sentença que produz em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram ou venham a firmar relação contratual om a instituição financeira demandada em todo território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado. Dano moral coletivo. Inocorrência. 1. Na ação coletiva ajuizada por associação em defesa de interesses difusos e coletivos stricto sensu, em que toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional, inclusive com eficácia

Diante desta constatação pode-se afirmar que a hipervulnerabilidade configura na pós-modernidade um importante avanço hermenêutico dentro da árdua tarefa da atividade jurisdicional de se criar a norma jurídica por meio da interpretação dos textos legais. A hiper-

prospectiva, revela-se a natureza transindividual da discussão e a atuação da entidade no campo da substituição processual, o que afasta a necessidade de identificação dos seus associados. 2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece entre os direitos básicos do consumidor, o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e, na oferta, que as informações sejam corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa (art. 31), devendo as cláusulas contratuais ser redigidas de maneira clara e compreensível (arts. 46 e 54, § 3º). 3. A efetividade do conteúdo da informação deve ser analisada a partir da situação em concreto, examinando-se qual será substancialmente o conhecimento imprescindível e como se poderá atingir o destinatário específico daquele produto ou serviço, demodo que a transmissão da informação seja adequada e eficiente, atendendo aos deveres anexos da boa-fé objetiva, do dever de colaboração e de respeito à contraparte. 4. O método Braille é oficial e obrigatório no território nacional para uso na escrita e leitura dos deficientes visuais e a sua não utilização, durante todo o ajuste bancário, impede o referido consumidor hipervulnerável de exercer, em igualdade de condições, os direitos básicos, consubstanciando, além de intolerável discriminação e evidente violação aos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana da pessoa deficiente. 5. É cabível, em tese, por violação a direitos transindividuais, a condenação por dano moral coletivo, como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). 6. Na hipótese, apesar de a forma de linguagem, por meio da leitura do contrato, não ser apta a exaurir a informação clara e adequada, não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que se sentiu pessoalmente constrangido ou discriminado, haja vista que a instituição financeira seguiu as diretrizes emanadas pelo próprio Estado, conforme Resolução n. 2.878/2001 do Bacen. 7. Os efeitos e a eficácia da sentença, na ação coletiva, não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo. Precedentes. 8. A sentença prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos difusos e coletivos stricto sensu, deve produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. 9. Recursos especiais parcialmente providos”. (REsp 1.349.188/RJ, 4º, T., j. 10/05/2016, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 22/06/2016).

vulnerabilidade é a nova vizinha da vulnerabilidade e ambas residem no bairro do princípio da igualdade que acabou de sofrer novas e necessárias reformas para facilitar o trânsito de indispensáveis direitos à boa convivência que caminham por suas ruas.

Em conclusão, aponta-se que “esta nova igualdade ‘com calma e com alma’ permite superar o formalismo e a visão ‘mecânica’ (*l’art mécanique*) do direito de igualdade no direito privado. Igualdade não é mais um tema de hierarquia ou incapacidade permanente, mas de papéis fluídos e momentâneos, de estilos de vida e de ser, de fragilidades e idades, de igualdades de chances e de armas, como hoje afirmam os autores franceses (itálico no original)”²⁷

3. CONCLUSÃO

Com base nesse relato a respeito da vulnerabilidade enquanto princípio e importante conceito jurídico de onde se extrai a nova norma jurídica da hipervulnerabilidade, vocacionada *a priori* à proteção dos direitos dos consumidores no mercado econômico, percebe-se de que maneira os aplicadores do direito através da interpretação informam e deformam este importante conceito estudado.

Diante do novo cenário proposto pelo pós-positivismo nota-se que as técnicas de subsunção do fato à norma passam a coexistir com a técnica da ponderação principiológica e este fenômeno não passou despercebido pela Lei nº 8.078/90.

As novas vulnerabilidades dentro da evolução do ciclo hermenêutico que se inaugura tomam como ponto de partida as indispensáveis noções da vulnerabilidade fática, técnica e jurídica do consumidor para desenvolver e incrementar novas acepções da vulnerabilidade como a comportamental e a hipervulnerabilidade.

Neste ponto é importante destacar que a vulnerabilidade prevista no CDC está em plena consonância com a evolução dos estudos da Economia Comportamental, fato este que pode ser constatado pelo teor jurídico das novas propostas de modificação e atualização da lei em comento.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 208.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Rober. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmund. *Vida para Consumo – A transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, ano 2, p. 285-305. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol. 1. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

KANEHMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – Duas formas de Pensar*: tradução Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1986.

MAFFESOLI, Michel. *L'instant eternal. Le retour du tragique dans les sociétés postmodernes. Collection La petite Vermillon*. La Table Ronde, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Artigo por Artigo. Doutrina. Jurisprudência. Conexões rápidas para citação ou reflexão. Diálogos entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: porque é preciso proteger a pessoa superendividada. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 104, ano 25, p. 181-201. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2016.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

Recebido em 10/1/17

Aprovado em 6/6/17

5

FRATERNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL: IMIGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 88 E NA CONVENÇÃO 143 DA OIT

(FRATERNITY AND SOCIAL JUSTICE: IMMIGRATION
IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988 AND
IN THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION
CONVENTION N. 143)

Luciane Cardoso Barzotto¹

Renata Duval Martins²

Carolina Simões Correia³

Quando te vimos forasteiro, e te acolhemos? (Mateus, 25:38-39)

RESUMO

Migrar é um direito forjado por necessidades. O migrante se encontra em posição de vulnerabilidade diante do Estado “destino” e dos habitantes deste. O paradigma fraternal está previsto na Constituição Federal e orienta normas internacionais concernentes à situação do

¹ Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região. Professora Adjunta da UFRGS – graduação e Professora do PPGD-UFRGS. Doutora em Direito pela UFPR.

² Assistente em Administração na Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Mestre em Direito pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

³ Assistente de Juiz do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UFRGS.

migrante, como a Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho. A implementação destas normas torna possível uma comunidade fraternal pautada no dever da justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Migrante. Fraternidade. Constituição Federal. Justiça Social. Convenção nº 143 da OIT.

ABSTRACT

Migrating is a right and often a necessity. The migrant is in a position of vulnerability vis-a-vis the receiving State and its inhabitants. The fraternity is established in the Federal Constitution, and serves as a basis for the creation of international standards concerning the situation of the migrant, such as Convention No. 143 of the International Labor Organization. Implementing this rules, will be possible to create a fraternal community based on the duty of social justice.

KEYWORDS: Migrant. Fraternity. Federal Constitution. Social justice. ILO Convention No. 143.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Fraternidade, Direito e Imigração; 2.1 A Constituição de 1988 e o paradigma fraternal para com os imigrantes; 2.2 A força normativa do preâmbulo constitucional e a aplicação jurisprudencial do conceito de fraternidade; 3 Justiça social e imigração; 3.1 Justiça social e constituição; 4 A convenção nº 143 da OIT e o paradigma da fraternidade; 5 Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos elementos mais evidentes da globalização é o crescente deslocamento de pessoas e grupos humanos, entre países e continentes. Se todos os países democráticos reconhecem um direito a emigrar, nem todos os países são solícitos quando se trata de abrir suas fronteiras à imigração, ou de um modo mais preciso, ao trabalhador imigrante, pois a motivação econômica é hoje a principal causa da imigração.

O Brasil conta com uma base constitucional que lhe dá clareza sobre a linha geral das políticas públicas e da legislação em relação aos imigrantes. A constituição de 1988 propõe, de fato, a construção de uma sociedade fraterna (Preâmbulo) e de uma ordem socioeconômica

fundada sobre a justiça social (arts. 170 e 193). Tanto o conceito de fraternidade, que aponta à relação de reciprocidade que vincula os seres humanos entre si, como o conceito de justiça social, que aponta para aquilo que é devido ao ser humano como tal, são conceitos que impõem todo tipo de nacionalismo, fechamento de fronteiras e xenofobia, fatores que tem levado a uma crescente desglobalização, que em 2016 teve dois marcos históricos: o Brexit e a eleição de Donald Trump nos EUA.

Ao contrário dos fenômenos indicados, nossa decisão política fundamental, fundadora de nossa identidade jurídico-política, vai em direção contrária, na direção do acolhimento do outro, em uma atitude orientada pela fraternidade e pela justiça social. Seguem-se, no plano internacional, em grandes linhas, os traços da Convenção 143 da OIT, a qual exige uma atenção mais efetiva aos direitos dos imigrantes.

2. FRATERNIDADE, DIREITO E IMIGRAÇÃO

O princípio da fraternidade, mais que um princípio de direito, é um princípio ético, motor de deveres recíprocos, uma predisposição de ânimo que permite que o ser humano seja capaz de olhar qualquer outra pessoa com simpatia, porque visualiza em cada homem ou mulher origem e destino comuns. Visualiza-se no outro, “um outro eu”⁴, por meio de evidências racionais ou ainda que de forma intuitiva ou emocional, independentemente de qualquer crença ou cultura.

Esta visão do “outro” como “eu” dá suporte ético a uma superação da visão hegemônica e individualista dos direitos humanos⁵ e conecta os grupos e pessoas humanas à experiência das relações fraternais. Neste ponto, os vínculos de fraternidade implementam os direitos e a carga histórica da consolidação dos direitos humanos é suportada não apenas sobre os ombros do Estado. Deveres e direitos, desse modo, são assumidos para além das prescrições legais, uma vez

⁴ LUBICH, Chiara. *Ideal e Luz*. Brasília: Brasiliense, 2009, p. 122.

⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, p. 1806-1823, 2016.

que movimentos sociais e indivíduos se tornam promotores e atores dos direitos humanos.

A orientação ética que decorre da fraternidade retira toda e qualquer pessoa humana de uma posição exclusiva de luta pelos seus direitos, simplesmente porque na avaliação dos bens da vida a serem resguardados, colocará em primeiro lugar a preservação do liame que o vincula à pessoa com quem se relaciona, à custa de sacrificar um direito pelo qual lhe parece legítima a luta. Sob este chão, sente-se a busca pelo bem do outro como um dever, a acolhida ao imigrante o diálogo que o permite manifestar sua cultura, um imperativo interno mais forte que o reclame constitucional (e aquele contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem) ao dever de tratar a todos com espírito de fraternidade.

Portanto, num lugar e momento de choque cultural seria possível um diálogo com bases em valores comuns a serem debatidos e pesados tendo como “fiel da balança”, o princípio da fraternidade que não funcionaria tanto como norma de garantia de direitos, mas como cola que preserva e recompõe os vínculos sociais. Nesta dinâmica, certamente haverá direitos sacrificados de lado a lado, imigrantes e nacionais haverão que suportar fortes perdas e também ganhos recíprocos. Isso tudo corresponde a uma razoabilidade prática, o *ethos* fraternal. Esta racionalidade fraternal é uma decisão que não é isenta de conflitos, mas é essencial para a construção de um espaço comum, ou seja, se na elaboração de uma metodologia de justiça, quisermos adotar um termo capaz de orientar as condutas humanas, não somente à paz, mas retirar o maior fruto do desenvolvimento humano, deveríamos falar de fraternidade como base de uma razoabilidade prática lugar onde os demais valores encontram plena manifestação. Ao encontro de valores, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, deu espaço.

2.1 A Constituição de 1988 e o paradigma fraternal para com os imigrantes

A Constituição de 1988 instaura um novo paradigma, que podemos denominar “fraternal”. A referência à fraternidade está, de fato, presente no Preâmbulo Constitucional, como se transcreve:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos *de uma sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Do ponto de vista teórico constitucional, adota-se a tese da relevância jurídica específica do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Portanto, a categoria jurídica da fraternidade é princípio fundante da ordem constitucional brasileira e é reconhecido na doutrina e jurisprudência pátrias.

A partir do princípio da fraternidade formulado no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, a política de tratamento dos imigrantes deveria ser vista a partir da óptica fraternal, a qual dá suporte ético aos demais fundamentos da ordem republicana.

Durante muito tempo, no Brasil, o trabalho do estrangeiro foi regido pelo Estatuto do Estrangeiro, a Lei n. 6.815/80, regulamentada pelo Decreto n. 86.715/81, a qual impunha diversas restrições ao imigrante no Brasil. Entretanto, esta lei foi revogada, considerando-se que o Presidente Michel Temer sancionou, com vetos, a Lei de Migração – nº 13.445/2017. Esta avança na proteção dos direitos humanos do imigrante, dando ênfase à condição de igualdade com os nacionais e assegurando a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade e ao acesso aos serviços públicos de saúde e educação, bem como registro da documentação que permite ingresso ao mercado de trabalho e direito à previdência social.

Com estas alterações legislativas, o Brasil avança no paradigma fraternal, compromisso do Preâmbulo Constitucional, para os que ingressam no país na condição de imigrantes, passando agora a integrar uma sociedade que tem como objetivo constituir comunidade fraterna.

2.2 A força normativa do preâmbulo constitucional e a aplicação jurisprudencial do conceito de fraternidade

A tese da força interpretativa do Preâmbulo da Constituição Federal tem apoio em moderna vertente doutrinária constitucional.

Ao proclamar em seu texto quais são as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da República Federativa do Brasil, o legislador constituinte, com vistas à aplicação das normas constitucionais, inscreve um programa de integração e interpretação constitucional.

Como a ideia de sociedade fraterna está expressa no Preâmbulo, importa explicar o significado deste termo em sede constitucional.

Adota-se a tese da sustentabilidade hermenêutica do Preâmbulo constitucional, apoiada na doutrina pátria de José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes⁶. Do ponto de vista da doutrina estrangeira Gomes Canotilho e Jorge Miranda apontam para as possibilidades interpretativas do Preâmbulo constitucional, teses que se aplicam à realidade brasileira.

Em tese de doutorado, Carlos Augusto Alcântara Machado⁷ explicita o compromisso preambular da Carta Magna do Brasil de 1988, com relação ao princípio da fraternidade, colocado, historicamente, em posição secundária quanto aos demais princípios de liberdade e igualdade. Para o autor a fraternidade é o ponto de equilíbrio entre princípios tradicionalmente assegurados, liberdade e a igualdade.

Nessa linha de abordagem, considerando-se o peso interpretativo do Preâmbulo da Constituição Federal, o desenvolvimento do constitucionalismo possibilitará o reconhecimento da existência da categoria jurídica da fraternidade.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2003.

⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo: PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

Para Canotilho⁸, o valor jurídico do Preâmbulo é expresso na sua utilidade como elemento de interpretação e integração, além de funcionar como “título de legitimidade” e unidade constitucional. O valor do Preâmbulo é sublinhado nas palavras de Jorge Miranda⁹:

O Preâmbulo dimana do órgão constituinte tal como disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o acto de aprovação possuindo a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Não deixaria de ser estranho que, estando depositado num mesmo documento e inserido numa mesma unidade fosse subtraído do seu influxo ou fosse considerado despreciando para sua compreensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte – seja Preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.

Como jurisprudência, o tema do valor do Preâmbulo já foi abordado em decisões do STF, tendo como faz referência, a ementa abaixo, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, *a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos* (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma,

⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Curso de Direito Constitucional*, 1991, p. 237.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2010, p. 408.

nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. (Grifos nossos)¹⁰

Quanto ao conteúdo específico da ideia de fraternidade constante do Preâmbulo, também surgem diversas decisões nos Tribunais pátrios. Uma expressão do STF sobre o tema fraternal é encontrada no MS nº 26.071, do Ministro Relator Carlos Britto, o qual fundamentou seu voto afirmando que:

[...] Nunca é demais lembrar que o Preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, ‘como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’, adotando a tese da relevância jurídica indireta do Preâmbulo constitucional e sua importância para a interpretação e integração da Carta Maior.¹¹

Em decisão no RHC 74.121, o Superior Tribunal de Justiça invoca o princípio da fraternidade, contido no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, na relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

[...] 2. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

3. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8.5.2008, **DJE** de 17.10.2008.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13.11.2007, *DJE* 018 Divulgado: 31.1.2008, Publicado: 1.2.2008.

prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (Preâmbulo e art. 3º) [...]¹²

Em uma exegese coerente do texto constitucional, conforme propõe a jurisprudência acima, “sociedade fraterna” significa tanto para o constituinte e para os juízes que aplicaram o conceito, uma “comunidade de livres e iguais”¹³.

Na esfera trabalhista, propriamente na questão do imigrante, o TST encontra respaldo no Preâmbulo da constituição para invocar a igualdade entre o trabalhador estrangeiro e brasileiro:

[...] 3) VÍNCULO DE EMPREGO – ESTRANGEIRO COM VISTO TEMPORÁRIO. 4) APLICABILIDADE DA LEI BRASILEIRA. 5) SALÁRIO *IN NATURA*. O Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). Volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art. 170, *caput* e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (*Preâmbulo da Constituição*), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor. Da mesma maneira, não prestigia formas de discriminação contra o trabalhador estrangeiro, quer seja com visto permanente ou visto provisório de permanência no Brasil. [...] (Grifos nossos)¹⁴

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17.11.2016, *DJE* 25.11.2016.

¹³ Numa interpretação em conformidade com o paradigma fraternal da Constituição de 88, conforme ordem constitucional, a igualitária fraternal, aponta-se para a inconstitucionalidade de normas que discriminam as pessoas que ingressam em território pátrio para trabalhar. Além disso, exige-se uma necessária reinterpretação da legislação do estrangeiro. Conforme defendemos em trabalho anterior, o artigo 354 da CLT, que trata da nacionalização do trabalho, no ponto que prioriza o trabalho do nacional, com relação ao estrangeiro, garantindo 2/3 das vagas aos brasileiros estaria revogado. Veja-se o comentário à CLT pelos Juízes do Trabalho do TRT da 4ª Região no capítulo da Nacionalização do Trabalho organizado por Rodrigo Trindade de Souza, neste sentido.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 26.3.2014, *DEJT* 15.4.2014.

De fato, como menciona a decisão acima, valores adotados no Preâmbulo são bens comuns de uma comunidade política, como a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça. A referência à “harmonia social” entre pessoas que aceitam suas diferenças (pluralismo e ausência de preconceitos), também reforça o caráter comunitário do ideal de sociedade proposto, concretizando a ideia de justiça social.

3. JUSTIÇA SOCIAL E IMIGRAÇÃO

A posição do imigrante é justamente aquela de quem perde tudo porque a ele falta tudo. Inicialmente ele parecerá abdicar de suas raízes culturais para depois, quando já alcançado um certo grau de estabilidade em terra estrangeira, tomar uma forte posição de construção de uma microrrealidade que espelhe sua pátria de origem.

Por outro lado, a chegada de grande número de imigrantes em uma determinada região, tenderá a causar impacto significativo no contexto cultural que o recebe, inevitavelmente haverá reações violentamente contrárias ao movimento migratório e contemporaneamente, reações de solidariedade de quem buscará atender às múltiplas necessidades de quem chega carente de tudo.

Neste contexto conflituoso, mas também carregado de potencialidades de desenvolvimento humano e comunitário emergem movimentos de fechamento e curiosidade recíprocos. Identifica-se também um impulso que pode levar à adição de conhecimento e trocas de valores culturais.

Para a passagem de uma fase inicial de exacerbação de ânimos para uma etapa de crescimento e colaboração multicultural, deve ser lembrado o princípio esquecido o princípio da fraternidade, juntamente entre aqueles que nortearam a formação do Estado de Direito (liberdade e igualdade). Gize-se, a mera invocação de direitos de igualdade, nestes casos, forçosamente desequilibrará a balança dos direitos em direção ao assistencialismo que não é capaz de fomentar diálogo nem crescimento. Também, a simples manutenção e reconhecimento das liberdades individuais não será capaz de fomentar os devidos respeito e valorização a uma cultura diversa que aporta em terra estrangeira.

Se os olhos do cidadão que percebe a chegada de fluxos de migratórios em seu território parece impossível ceder algo de seu e ao imigrante parece extremamente necessário salvar aquela parcela de história e cultura inscrita em seu DNA, funcionará o princípio da fraternidade ponto de partida e horizonte ao qual almejar, na realização plena das riquezas que reciprocamente doadas, potencializam-se para dar origem à novos horizontes de vida, cidadania e cultura para imigrantes e nativos. Frequentemente o migrante é forçado a renunciar ao trabalho ao qual dedicou-se e para o qual se preparou e, tantas vezes, é forçado a aceitar condições sub-humanas de trabalho, no álveo da informalidade não alcançada por qualquer regramento jurídico ou até mesmo no limbo do desemprego.

O crivo da fraternidade poderá acusar com maior acuidade os momentos em que o ordenamento jurídico vem desrespeitado ou ignorado, não somente em seu aspecto positivo, mas também o próprio espírito de um regramento, tal como a Convenção 143 da OIT, cuja aplicação se liga de forma peculiar ao princípio da fraternidade.

Sim, porque o trabalho é o lugar onde a dignidade humana se exprime em obras, na contraprestação por um trabalho bem feito, que deve ser fruto de um ato livre e consciente de bem desenvolver uma atividade para o bem da coletividade e não uma resposta mecânica às necessidades materiais da vida, que representam uma única dimensão do trabalho, mas não a sua motivação fundante. Trata-se de resgatar não somente o respeito pela dignidade de cada pessoa, aí incluído o migrante, mas sobretudo a dignidade intrínseca de qualquer profissão.

De acordo com Luigino Bruni¹⁵, uma antropologia instrumentalista e recompensatória da relação laboral, individualista na sua essência, está fazendo com que a visão hodierna do trabalho se aproxime à servidão antiga, que faz do labor humano uma mercadoria que tem um preço, daí emergindo toda sorte de barganha mediante sanções de controle e recompensas que indignificam a pessoa, que nada faz para um “trabalho bem feito”, vanificando o próprio sentido de sua obra.

Paralelamente, se não atendermos à urgência de mudança de paradigma nas relações sociais, continuaremos e vasculhar os arts. 5º e

¹⁵ BRUNI, Luigino. *Commenti – Il lavoro e le lenti sbagliate*, 2012 [on line].

7º da Constituição Federal, sem encontrar resposta para o inserimento digno dos migrantes no mercado trabalho, pois não damos conta da resposta correta e concreta nem mesmo para com os nativos quando não há vínculo e comprometimento consciente e recíproco entre patrões e empregados.

Em outros termos, a fraternidade no mundo do trabalho do ponto de vista do imigrante e do trabalhador nacional dá a base da justiça social do trabalhador para com a sociedade, e da sociedade para com o trabalhador.

3.1 Justiça social e constituição

Conforme a Constituição Federal de 1988 são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em uma interpretação ampliada do texto constitucional do art. 3º em exegese unitária com o Preâmbulo, a nação que prometemos construir é livre, igual e fraterna.

Aqui a fraternidade, com raízes na liberdade e igualdade, se expressa como “responsabilidade recíproca”, “reciprocidade”. De fato, a reciprocidade aponta para atitude de abertura dos membros da sociedade, com aqueles que, em tese, seriam forasteiros à comunidade brasileira, mas ao ingressar no Brasil, adotam uma nova pátria, novo pertencimento cidadão:

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo ‘uns em relação aos outros’, o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos. [...]¹⁶

A liberdade, por sua vez, é condição da responsabilidade. Só responde por si e por outrem quem é livre. A igualdade também está

¹⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual [Revista Jurídica da Presidência]*, Brasília, v. 5, n. 48, maio 2003, [on line].

contida aqui: a fraternidade exige que todos sejam igualmente responsáveis por si (liberdade) e por outrem (comunidade). Ademais, “[...] a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor”¹⁷.

Para construir esta comunidade nacional, incluindo o imigrante, importante lembrar o conceito de justiça social, o qual está expresso em dois momentos tópicos: na ordem econômica e na ordem social, precisamente nos arts. 170 e 193 da Constituição Federal de 1988, alinhando-se com as promessas e compromissos do Preâmbulo.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*. (Grifos nossos)

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a *justiça sociais*. (Grifos nossos)

Justiça social como conceito que abarca a humanidade, e, portanto, não diferencia nacionais e estrangeiros, fora utilizada pela primeira vez por Luigi Taparelli d’Azeglio:

[...] Luigi Taparelli d’Azeglio, dentro da tradição tomista, é o primeiro a utilizar a expressão ‘justiça social’, na sua obra *Saggio teoretico di diritto naturale*. Ele inicia sua exposição sobre o conceito de justiça social com a seguinte definição: ‘A justiça social é para nós a justiça entre homem e homem.’ O homem, aqui, é o ‘homem considerado como dotado somente do requisito de humanidade, considerado como puro animal racional.’ Obviamente, entre os homens considerados sob este aspecto, existem ‘relações de perfeita igualdade, por que homem e homem aqui não significa senão a humanidade reproduzida duas vezes’. A justiça social, portanto, em uma sociedade de iguais, na qual as posições ocupadas por cada um são consideradas secundárias em matéria de justiça, tem por objeto aquilo que é devido ao ser humano simplesmente pela sua condição humana.¹⁸

¹⁷ BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido. Vol 1*, 2008, p. 54.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. *Promover uma migração equitativa*. Conferência Internacional Del Trabajo, 105. Reunión, 2016.

A comunidade, constituída com base na condição humana exige este relacionamento pessoa para pessoa, no sentido de que pessoa é somente aquele com quem é estabelecida qualquer sorte de relação de reconhecimento e reciprocidade, a quem é possível chamar pelo nome e não por um número. Não pode ser fechada em si para que se construa a paz, mas exige um empenho de inclusão do outro, um empenho fraternal no sentido que harmoniza os ideais de liberdade e igualdade. Ou seja, a Constituição de 1988, ao invocar a ideia de justiça social, não permite que na ordem econômica seja excluído ou discriminado o outro, o trabalhador forasteiro, o estrangeiro, o imigrante.

Pode-se ilustrar que o imigrante contribui para as ordens econômica e social. Se, do ponto de vista jurídico houvesse dúvida da existência de um fundamento constitucional que ampara os direitos do trabalhador imigrante no Brasil, do ponto de vista econômico e social, pesquisas revelam a positividade da imigração: os estrangeiros melhoram os salários, a produtividade e o empreendedorismo no país em que estabelecem. Não necessariamente se estabelecem em setores em que concorrem ou desempregam os trabalhadores nacionais, como é o caso setor doméstico ou de serviços. Os imigrantes pressionam aumento de salários nos países donde emigram, tornam seus colegas não migrantes mais produtivos; fundam empresas nos países que chegam, causam inovações surpreendentes e contribuem para a diversidade social e cultural, com impacto profundo sobre a extensão e o desenvolvimento da economia¹⁹.

Esta inserção do imigrante na economia do país, no entanto, muitas vezes, ocorre de modo pouco fraterno e justo. Tendo em vista a sua situação de vulnerabilidade – por falta de acesso à educação formal, desconhecimento do idioma falado no novo país e dos seus direitos nesse, etc. –, este trabalhador é mais suscetível a ser empregado em condições nas quais os seus direitos trabalhistas estão sendo descumpridos e não raro, em casos mais graves, as violações podem até caracterizar a prática de trabalho forçado.

No Brasil, no ano de 2012, o Ministério Público investigou os condomínios em Foz do Iguaçu/Paraná nos quais estaria sendo utilizado

¹⁹ Além das fronteiras: as vantagens econômicas da imigração,

trabalho forçado. Foram notificados 50 condomínios nos quais mulheres paraguaias estariam sendo submetidas à servidão doméstica, impedidas de sair das residências nas quais trabalhavam e recebendo salário inferior ao de domésticas brasileiras. Além disso, em 2015 a empresa Home Staff anunciou a “importação” de babás e domésticas filipinas para atender à elite brasileira, pois, segundo as patroas, essas trabalhadoras realizam inúmeras atividades a um custo mais baixo do que uma doméstica nacional, não são preguiçosas, aceitam cumular as atividades de babás e domésticas, até lavam o carro²⁰.

Verifica-se no primeiro caso características típicas de trabalho forçado, já no segundo ainda que não haja trabalho forçado, mas certamente existe uma relação laboral exploratória. E esta exploração é suficiente para extirpar a fraternidade destas relações, pois “a fraternidade [...] é atenção incondicional ao outro e pressupõe que a minha liberdade não se possa realizar sem a liberdade do outro, e que nesse sentido eu sou responsável por ela”²¹.

Se há, no Brasil, uma obrigação constitucional de proteção ao imigrante, seja pela exegese do preâmbulo, seja pelos ditames da ordem econômica e social, que aponta para a ideia da justiça social, no plano internacional o Brasil também é compelido a seguir este paradigma, na linha da Convenção 143 da OIT.

4. A CONVENÇÃO Nº 143 DA OIT E O PARADIGMA DA FRATERNIDADE

A fraternidade é o meio pelo qual a convivência entre os diferentes é possibilitada, logo, sua aplicação às relações entre nacionais e estrangeiros se mostra imprescindível no combate à xenofobia e práticas exploratórias.

O primeiro, e mais óbvio, propósito da legislação laboral internacional tem sido, desde o início, a regulação de questões de caráter internacional. Isso se refere principalmente aos trabalhadores

²⁰ BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*, 2007, p. 96.

²¹ MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, 2008, p. 177-178.

migrantes, que levanta um número de problemas complexos relacionados às condições de trabalho e vida do trabalhador imigrante nos países de imigração. [...]

Analisa-se, neste ponto, a Convenção 143 da OIT. A norma está dividida em duas partes, uma parte sobre migrações em condições abusivas e outra sobre igualdade de oportunidade e tratamento. Conforme consta no artigo 16 da norma, os Estados têm flexibilidade ao ratificar a convenção podendo excluir uma das referidas partes.

Atendendo à Constituição da OIT, durante a elaboração das Normas Internacionais do Trabalho, estão presentes a consideração da diversidade nos níveis de desenvolvimento, condições e práticas dos Estados membros da OIT. Em consequência, tem-se concebido a adoção de convenções que autorizam a aceitação de partes alternativas que definam distintos graus de obrigações, com linguagem geral e ampla. Ilustra-se esta característica quando, ao serem ratificadas certas convenções, excluem-se certos tipos de trabalhadores, ou certos setores, da incidência da norma. A flexibilidade pode ser estendida para as cláusulas da norma, para os objetivos da norma, para o conteúdo da obrigação e quanto aos métodos de aplicação. [...]

Para a elaboração da Convenção 143 da OIT se compreendeu que os trabalhadores migrantes tanto regulares como irregulares e refugiados sofrem pela consequência dos movimentos e eventos migratórios mistos e massivos. Portanto os trabalhadores migrantes necessitam de proteção específica para assegurar o respeito de seus direitos. Com isso se observa a necessidade de implementação dos instrumentos normativos de defesa desses direitos: surge a necessidade de cooperação internacional dos países de origem, de trânsito e de destino. Os governos e interlocutores sociais devem aumentar esforços a fim de garantir o crescimento econômico sustentável e inclusivo quanto à empregos produtivos e decentes (isto é, em condições de liberdade, igualdade, justamente remunerados).

A Convenção 143 da OIT exige se que se garanta o acesso à justiça dos migrantes e que as mobilidades sejam seguras, ordenadas e, se possível, planejadas. O imigrante deve ter informações suficientes sobre o mercado de trabalho no qual vai ser inserido e as políticas públicas podem assegurar este conhecimento. Esta norma da OIT

ainda não foi ratificada pelo Brasil, no entanto, encontra-se em fase de aprovação pelo Congresso Nacional, aguardando a constituição de comissão temporária pela mesa, através da Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais nº 696 de 13 de dezembro de 2010.

No preâmbulo da Convenção consta que “em virtude da existência de tráfico ilícito ou clandestino de mão-de-obra, seria conveniente tomar novas medidas dirigidas, em especial, contra tais abusos”:

Artigo 1º

Os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor deverão comprometer-se a respeitar os direitos fundamentais do homem de todos os trabalhadores migrantes.

(...)

Artigo 3º

Todo o Estado Membro deverá tomar as medidas necessárias e apropriadas, quer da sua própria competência, quer as que exijam a colaboração de outros Estados Membros:

- a) A fim de suprimir as migrações clandestinas e o emprego ilegal de migrantes;
- b) Contra os organizadores de movimentos ilícitos ou clandestinos de migrantes com fins de emprego, provenientes do seu território ou que a ele se destinam, assim como os que se efetuam em trânsito por esse mesmo território, bem como contra aqueles que empregam trabalhadores que tenham imigrado em condições ilegais; a fim de prevenir e eliminar os abusos citados no artigo 2º da presente Convenção.

No art. 5º se encontra o escopo da norma e no art. 6º as sanções culminadas ao seu descumprimento.

Artigo 5º

As medidas previstas nos artigos 3º e 4º deverão ter por objetivo processar os autores de tráfico de mão-de-obra, qualquer que seja o país a partir do qual estes exerçam as suas atividades.

Artigo 6º

No âmbito das várias legislações nacionais, deverão ser tomadas disposições para uma detecção eficaz de emprego ilegal de trabalhadores migrantes e para a definição e aplicação de sanções administrativas, civis e penais, incluindo penas de prisão, no que diz respeito a emprego ilegal de trabalhadores migrantes e à organização de migrações com fins de emprego que impliquem os abusos definidos no artigo 2º da presente Convenção e ainda a assistência prestada conscientemente a tais migrações com ou sem fins lucrativos. O empregador processado em virtude da aplicação das disposições tomadas no presente artigo deverá ter o direito de fazer prova da sua boa-fé.

Ressalta-se que a norma foi adotada em 18 de dezembro de 1990 pela Organização Internacional do Trabalho e desde então pode ser utilizada como orientação pelos magistrados nos julgamentos em âmbito nacional desde que tenha sido ratificada pelo Estado. No entanto, também pode ser usada pelos Estados que ainda não a ratificaram, mas apenas em cunho interpretativo das legislações internas do país.

Ademais, ressalta-se que o direito dos migrantes está previsto entre as normas de fundo da Organização Internacional do Trabalho, bem como está englobado na proibição à discriminação, norma de direito fundamental (Convenção nº 111 da OIT, na qual consta a proibição à discriminação por ascendência nacional), logo, para alguns, estes fatos permitem a aplicação da Convenção nº 143 inclusive em Estados que ainda não a internalizaram.

O caráter vinculante do conteúdo normativo da Constituição da OIT descrito é específico quando um Estado decide ser Membro da OIT e aceita a obrigatoriedade do instrumento internacional – tanto do Preâmbulo como dos Princípios Gerais – pelo que se encontra vinculado a respeitá-los.

Portanto, verifica-se que existe um fundamento fraterno na criação da Convenção nº 143 da OIT, uma norma laboral, porém cuja base está nos direitos humanos. Sua criação decorre da necessidade de proteger o migrante, vulnerável exatamente por sua situação de estrangeiro em um novo país. Assim, a norma obriga e pune aqueles que violando o seu dever de cuidado sobre o outro, optam por explorá-lo tendo em vista sua circunstância desvalida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal causa das imigrações no mundo segue sendo a busca de emprego, segundo dados recentes da OIT. Isso não é diferente no Brasil.

No Brasil há um compromisso constitucional que nos compele ao tratamento digno do imigrante: no preâmbulo da Constituição, na ordem econômica e social. Neste sentido, a nova Lei de Migrações no Brasil, a Lei nº 13.445/2017, melhora a situação do estrangeiro, garantindo a ele mais direitos no sentido qualitativo e quantitativo.

Verifica-se uma aproximação entre a nova lei brasileira de Migrações e as normativas internacionais de direitos humanos. Por exemplo, apenas para ficar no plano laboral, a OIT editou a Convenção 143, a qual prevê a proteção trabalhista dos imigrantes mediante garantias de direitos humanos no acesso à ocupação produtiva justa e na restrição à exploração abusiva na sua prestação de serviços. A Convenção nº 143 da OIT sugere aos Estados uma reavaliação da matéria de regulamentação ao trabalho do imigrante, na linha que tende a equipará-lo ao nacional, o que, no Brasil se concretiza pela Lei das Migrações sancionada pelo Presidente Michel Temer, a qual revoga o Estatuto do Estrangeiro.

Do ponto de vista internacional, a nossa Constituição Federal, na ótica fraternal, é totalmente compatível com a Convenção 143 da OIT, a qual, em síntese, pretende a igualdade de oportunidade e tratamento dos trabalhadores migrantes com relação aos nacionais.

Do ponto de vista nacional, a lei sancionada, para substituir o Estatuto do Estrangeiro, em síntese, favorece as interações laborais, econômicas e sociais, no sentido de valorizar direitos, realçando o contributo do imigrante na construção na comunidade nacional. Em matéria de ingresso de imigrantes no país procura-se o repúdio à xenofobia, acolhimento humanitário, reunião familiar, acesso à justiça e medidas destinadas a promover integração social.

A ampliação e simplificação em matéria de novas garantias sociais, linguísticas, laborais, culturais e assistenciais implementam o comando constitucional de uma comunidade fraternal inclusiva dos imigrantes trabalhadores como dever de justiça social.

REFERÊNCIAS

- BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio esquecido*. Vol 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual [Revista Jurídica da Presidência]*, Brasília, v. 5, n. 48, mai. 2003. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747/738>> Acesso em: 10 abr. 2017.
- BOM DIA BRASIL. PR: Ministério Público investiga trabalho escravo de domésticas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/02/pr-ministerio-publico-investiga-trabalho-escravo-de-domesticas.html>>. Acesso em: 08 out. 2016.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, p. 1806-1823, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8.5.2008, *DJE* de 17.10.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13.11.2007, *DJE* 018 Divulgado: 31.01.2008, Publicado: 01.02.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17.11.2016, *DJE* 25.11.2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/>>

componente=ITA&sequencial=1555503&num_registro=201602021631&-data=20161125&formato=PDF>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 26/03/2014, *DEJT* 15/04/2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:-tribunal.superior.trabalho;turma.3:acordao;rr:2014-03-26;167800-2005-482-1-0>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRUNI, Luigino in ‘Commenti - Il lavoro e le lenti sbagliate’. *Avvenire il*, 01/04/2012. Disponível em: <<http://www.edc-online.org/it/pubblicazioni/articoli-di/luigino-bruni/editoriali-avvenire/3295-la-cultura-dei-muri-dritti.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

FINNIS, John Mitchell. *A teoria do direito natural de John Mitchell Finnis*. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17122/17122_3.PDF>. Acesso em: 06 mar. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Empresa ‘importa’ babás e domésticas das Filipinas para o Brasil*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1627108-empresa-importa-babas-e-domesticas-das-filipinas-para-o-brasil.shtml>>. Acesso em: 08 out. 2016.

LUBICH, Chiara. *Ideal e Luz*. Brasília: Brasiliense, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo: PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra editora, 2010.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. OIT. *Migración equitativa: un programa para la OIT*. Memoria del Director General, Informe I (B), CIT,103. reunión, 2014, parr. 5, 32-36.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. *Convenção nº 143*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>>. Acesso em: 04 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. *Promover uma migração equitativa*. Conferência Internacional Del Trabajo, 105. reunión, 2016.

POTOBSKY, Geraldo W. von; VALTICOS, Nicolas. *International Labour Law*. Kluwer Law and Taxation, 1995.

RIVAS, Pablo Ramires. *Amistad, pólisy reconocimiento: la decisión de la fraternidade*. In *Fraternidad y conflicto*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Nueva, 2011.

SOUZA, Rodrigo Trindade de (Coord.) *et al. CLT comentada pelos Juizes do Trabalho da 4ª Região*. São Paulo: LTr, 2015. 470 p.

UOL. *Além das fronteiras*. Disponível em: <<http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das-fronteiras.htm>>. Acesso em: 04 out. 2016.

Recebido em 7/6/17

Aprovado em 4/8/17

6

DIREITO E UTOPIA: INTERPRETAÇÃO E JURISDIÇÃO

(LAW AND UTOPIA: INTERPRETATION AND
JURISDICTION)

Luís Carlos Gambogi¹

“Ela está no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se distancia dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos além. Por mais que eu caminhe, nunca o alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar.”²

RESUMO

O Direito é um fenômeno cultural e toda cultura possui, em seu núcleo, determinada ideologia. Em regra, o espectro ideológico da cultura reflete o pensamento dominante em um dado momento da história. Contestando-o, dele divergindo, vive o pensamento utópico, que trava um embate permanente com o pensamento ideológico. Naturalmente que a relação que se dá entre ideologia e utopia é dialética, é uma relação de conflito. Contra as ideologias levantam-se as utopias, contra as utopias reagem as ideologias; no melhor exercício dialético, desenvolvem contrapontos, antíteses, cujo objetivo é a dissolução de uma ou de outra mediante o jogo do conflito. A reflexão que apresentamos tem o propósito de revelar que o Direito não escapa a esse

¹ Desembargador do TJMG, doutor em filosofia de direito pela UFMG.

² GALEANO, Eduardo. *Palabras andantes*. Montevidéo: Ediciones del Chanchito, 1993, p. 310.

embate, ao contrário, encontra-se entre esses dois movimentos, o que lhe rende a possibilidade de ser tanto conservador quanto inovador, de reverberar tanto o pensamento ideológico quanto o pensamento utópico, a depender das circunstâncias. O Direito, tal como o compreendemos, tanto reflete as ideologias quanto as modifica, tanto influencia quanto é influenciado, tanto pode ser um elemento de cicatrização quanto de rupturas, ainda que pontuais. Às vezes, é necessário que a lei dobre-se ante a realidade; o Direito tem compromisso com a realidade. Por isso, mesmo que a forma continue intocada, para que continue Direito, deve ela, através da revolução inocente que produz a interpretação e a aplicação, curvar-se às transformações impostas pela realidade.

Palavras-chave: Cultura; Direito; Ideologia; Utopia; Interpretação e Aplicação.

ABSTRACT

The Law is a cultural phenomenon and every culture has, at its core, particular ideology. As a rule, the ideological spectrum of culture reflects the dominant thinking in a given moment in history. Questioning it, diverging from it, lives the utopian thinking, catching a permanent confrontation with the ideological thinking. Of course, the relationship that exists between ideology and utopia is dialectical, is a conflicting relationship. Against ideologies arise utopias, against utopias react ideologies; the best dialectical exercise, developed counterpoints, antitheses, whose goal is the dissolution of one or the other by the game of conflict. The reflection that we present is intended to prove that the Law does not escape from this dispute, on the opposite, it is between these two movements, which earns it the possibility of being both conservative and innovative, reverberate both ideological thinking and utopianism, depending on the circumstances. The Law, as understood, reflects and modifies ideologies, influences and can be influenced, can be a healing or breaking element, even if in specific points. Sometimes it is necessary for the laws to bend at the reality; The Law is committed to reality. Therefore, even if the form remains untouched, in order to give it continuity, it must, through the innocent revolution that produces the interpretation and application, to bow to the changes imposed by reality.

Key Words: Culture; Right; Ideology; Utopia; Interpretation and Application.

Sumário: 1 Direito e cultura; 2 Utopia e ideologia; 3 Utopia e interpretação; 4 Utopia e jurisdição; Referências.

1 DIREITO E CULTURA

O Direito é um fenômeno cultural e o homem – como sabido - é produto e produtor da cultura. A cultura é o que banha o real físico, o natural, emprestando-lhe sentido, cultura é o que tangencia a realidade natural concreta impregnando todas as coisas para lhes conferir valor e finalidade. Constituída pelos bens produzidos pela razão, é tecida de ideias coloridas pelo que nasce da vida; a cultura é o “fenômeno social total”, sintetiza Marcel Mauss. “A cultura é uma argamassa, um cimento que permite construir sentido integrando conhecimentos”- esclarece Jöel de Rosnay.³ Todas as culturas se assentam em um único fundamento: encontrar o significado da existência vez que cabe ao homem dar um significado ao mundo e a si mesmo perante a alteridade da vida social.⁴

A cultura, por sua vez, não pode ser vista como mero reflexo da estrutura sócio-histórica e econômica dominante. Entre cultura e ambiente existe um vínculo dialético e, não, uma relação de subordinação. Como se vê, estou entre os que têm a cultura como motor e como espelho do mundo; entendo que a cultura não só reflete as relações sociais, educacionais e econômicas travadas no tecido social, mas também opera no sentido de transformá-las para que não se convertam em estruturas que se perpetuam (utopia). Nessa perspectiva, a cultura pode investigar e agir sobre a realidade sócio-histórica e econômica,

³ MORIN, Edgar. *A religação dos saberes*. O desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 499.

⁴ Dentro do que nomeamos cultura existe algo que lhe dá unidade, a ideologia, conceito aqui usado com um conjunto de ideias com pretensão de universalidade, que une, que costura os elementos de dada cultura. O conceito de ideologia, tal como o suscitamos, não deve aqui ser entendido como idéias ou interesses de uma classe, de uma facção.

e, dependendo do impacto que produz, pode acelerar a entropia desta mesma realidade.

O Direito, em sendo essencialmente uma ideação de índole lógica e ética, é um objeto cultural, um fragmento da cultura de uma nação; porém, seu conteúdo é histórico, datado. E, como a vida não para, o tempo não para, o Direito é definido, mas não é definitivo. Todos os direitos são datados, históricos. Reconhecer essa assertiva pressupõe reconhecer, implica admitir que os direitos nasçam do processo social, dos embates sociais, do conflito entre valores e interesses que se desenvolvem no coração da sociedade, enfim, implica admitir que os direitos nasçam das conquistas jurisprudenciais, teóricas, sociais e políticas.

O Direito está entre as criações necessárias da inteligência humana, o qual se renova continuamente com os movimentos da realidade e da vida. Tem de ser perene mudança para não se tornar daqueles males que se transmitem de geração em geração. É produto de uma delicada relação entre norma e vida; é produto de um processo dialético em que se constitui e se desconstitui, no tempo e no espaço, vez que abriga uma tensão contínua entre a liberdade humana e os valores que a vida social exige.

Direito é movimento dialético social, é processo, ordem e movimento, quer na sua fase de elaboração, quer na sua fase de sua aplicação. Parafraseando João Guimarães Rosa, diríamos que o Direito não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia. Direito é aquele “ser” que emerge dos movimentos de libertação do homem e que se ressent, quer da inércia quer da opressão, vez que, tal qual o homem, aspira ir por diante⁵.

⁵ “Cumpru-se a evolução? Evidentemente não. Na realidade não terminará jamais. A evolução social é uma coisa infinitamente complexa e que se prolonga indefinidamente. O direito não é na realidade mais do que a espécie de armadura que reveste esta evolução. Nossos pais criam que o sistema jurídico metafísico, individualista e subjetivista era definitivo e imutável. Não caímos num erro análogo. O sistema jurídico realista, socialista e objetivista é a obra de um dia da história. Antes mesmo que sua construção se termine, o observador atento perceberá os primeiros sinais de sua destruição e os primeiros elementos de um novo sistema. Felizes nossos filhos se souberem livrar-se melhor do que nós dos dogmas e dos preconceitos. (DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho*: (publico y privado). Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 168).

Em nascendo a consciência do justo, ainda que essa intelecção, essa energia social, no início, não penetre as relações oficiais do jurídico, pouco apouco essa mesma energia se expande, requer respeito, luta para ser reconhecida e convertida em norma, aqui entendida como lei e como com decisão judicial. Esse movimento é descrito por Antônio Manuel Hespanha como “frágil e em risco permanente, luminoso mas frequentemente invisível, ameaçado pela academia, nas *law firms* e no foro, mas resistente no cotidiano e dentro de nós.”⁶

Com alma de poeta, escreve Maria Coeli Simões Pires em estudo sobre o tema *Estado e propriedade*:

Todos sabemos que a tensão constitutiva do Direito reside no balanço frágil entre a tradição e a revolução. Com isso quero dizer que, conquanto doutrina e jurisprudência ensaiem novos movimentos em direção à atualização do instituto [propriedade], muitas dificuldades persistem. De há muito, a ciência, o Direito e suas escolas críticas arremetem-se contra o dogmatismo. As investidas não podem se confundir, contudo, com anarquia e vulgarização, mas devem ser como o sino que dobra para anunciar a passagem do tempo.⁷

Não é à toa que se tem como imprescindível preservar no intérprete, qualquer que seja o campo em que atue, a energia que nasce na esperança de dias e de instituições melhores. Sem ela, a utopia, o presente não tem futuro e o passado não está presente.

Naturalmente, não se pode nem se deve ver a sociedade dividida entre utópicos e ideológicos, entre progressistas e conservadores, como se um grupo sobre o outro, uma classe sobre a outra. É que, em alguns aspectos da vida, podemos ser conservadores, em outros, progressistas. Portanto, não há o progressista aqui e o conservador ali. Em verdade, existem contrapontos entre eles, operando assim como algo em conflito, mas não num conflito entre opostos, e, sim, como linhas do pensamento que circulam, que trocam energia entre

⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9.

⁷ PIRES, Maria Coeli Simões, *In*: BARBOSA, Maria Elisa Braz; DIAS, Maria Tereza Fonseca; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa (Orgs.). *Estado e Propriedade – Estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires et al.* Belo Horizonte: Fórum, 2015.

si, numa tensão entre dominação e inclusão, entre razão ideológica e razão utópica, de modo a permitir que o novo surja partir do velho. Afinal, parafraseando Paul Valery, poeta francês que denuncia a desnaturalização do tempo, “o que será de nós sem o que não existe?”.

2 UTOPIA E IDEOLOGIA

Mas, afinal, o que é utopia? O conceito, originalmente pensado por Thomas Morus no século XV, pode ser entendido como uma energia, uma força capaz de mover a realidade quando o real social se mostra opressor, paralisante, violento, insuportável. Paul Ricoeur, fundado no pensamento de Karl Mannheim, esclarece que ideologia e utopia se parecem na medida em que revelam uma discordância frontal com a realidade social. Ei-lo:

As ideologias são mais professadas pela classe dirigente. E são as classes subprivilegiadas que as denunciam. As utopias são, preferencialmente, professadas pelas classes ascendentes. As ideologias olham para trás, ao passo que as utopias olham para frente. As ideologias se acomodam à realidade que justificam e dissimulam, ao passo que as utopias enfrentam a realidade e a fazem explodir.⁸

À luz desse raciocínio, a realidade social é, em parte, fossilizada por uma ideologia, em parte, produto de utopias, de inovações progressistas, as quais, ao tempo em que se cruzam, desenvolvem campos de divergência que abrem brechas às transformações sociais. Para Mannheim, as ideologias correspondem ao pensamento social dominante enquanto que as utopias correspondem ao pensamento social contrastante, sendo, segundo Hegel, o palco da história, o lugar onde as tensões que emergem desses dois movimentos se digladiam. Desse modo, o que denominamos ordem nada mais é que o produto das relações de poder, das lutas travadas no espaço social, o embate entre as forças que compõem o organismo social, as quais, não obstante o equilíbrio que mostram, não obstante o sentido de ordem que produzem, permanecem em luta por suas posições, sempre procurando fazer prevalecer seus valores, ideias e verdades. Naturalmente que a

⁸ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 88.

relação que se dá entre ideologia e utopia é dialética, é uma relação de conflito. Contra as ideologias levantam-se as utopias, contra as utopias reagem as ideologias; no melhor exercício dialético, desenvolvem contrapontos, antíteses, cujo objetivo é a dissolução de uma ou de outra mediante o jogo do conflito.

Portanto, temos duas opções na ribalta de nossas vidas: ou a utopia ou a ideologia. Nesse conflito dialético, os que optam pela utopia precisam, e muito, acreditar em si mesmos, respirar a esperança. Na vida, conhece o inferno aquele que perde a esperança. Dante Alighiere, quando narra a entrada de seu inferno, diz estar lá escrito: “deixai do lado de fora toda esperança, vós que entrais”.

Nada mais consoante essa perspectiva que a substantiva lição de vida de João Baptista Villela, que foi professor titular da Faculdade de Direito da UFMG, por anos e anos, as quais revelam a crença de um incansável estudioso que não perdeu a fé no direito nem no homem. Ei-lo:

A cultura da força tanto serve para intimidar quem dela dispõe como para corromper quem dela se serve. [...] Justiça não se gera pela violência, senão pela justiça mesma: *si vis pacem, cole justitiam*. Assim se acha inscrito, lapidarmente, no portal do Palácio de Paz, em Haia.

Utopia? Bem pode ser que sim. Mas quem foi que disse que o direito não é utópico? Sem utopia, vale dizer, sem esperança, o direito não passa de um exercício insípido e melancólico.⁹ (Grifos nossos)

O Direito, tal como o compreendemos, tanto é um fenômeno normativo conservador, quanto progressista. Tanto reflete as ideologias, quanto as modifica, tanto influencia quanto é influenciado, tanto pode ser um elemento de cicatrização quanto de rupturas, ainda que pontuais. Às vezes, é necessário que a lei dobre-se ante a realidade; o Direito tem compromisso com a realidade. Por isso, mesmo que a forma continue intocada, para que continue Direito, deve ela, através da revolução inocente que produz a interpretação, curvar-se às transformações impostas pela realidade. “Soberana não é a lei, é a vida” – escreveu o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça.

⁹ VILLELA, João Baptista. Força e debilidade do direito. *Revista Del Rey Jurídica*: Belo Horizonte, a. 5, n. 11, p. 9.

3 UTOPIA E INTERPRETAÇÃO

Toda interpretação, em sua unicidade e singularidade, opera rumo do que ainda não se transformou em realidade, do que só é aspiração, do que pede para viver, do que se propõe a responder às crescentes demandas da vida humana. Daí porque a cultura jurídica deve se mostrar criadora, resemantizar-se, renovar seus alicerces conceituais, abrir-se às novas interpretações. Como a normatividade rege a instabilidade da vida, a verdade jurídica está no devir do Direito, cuja resultante é o estar presente, o existir. Isto não significa que o intérprete possa interpretar ao seu alvedrio, como queira, esvaziando o texto legal do seu caráter social, linguístico, institucional, ético e histórico. Para tanto, ajuda-nos o compromisso com o justo porque, como nos adverte Rawls, “o caráter inevitavelmente vago da lei e o vasto âmbito da respectiva interpretação encorajam uma arbitrariedade na decisão que só a fidelidade à justiça pode impedir”.¹⁰

A lei vive da forma; o Direito - ao contrário - vive de matéria, de seu conteúdo dinâmico, de seu movimento constante. Ordem jurídica é conceito formal; Direito é conceito material. Direito é o pensamento, a essência, a ideia lógica e ética de que se compõe a ordem jurídica. Quer quando se debate matéria de direito e de fato quer quando se examina apenas a matéria de direito, somente com o evento e à sua luz que tem início a construção do Direito, a definição do real sentido do texto. Direito é produto de um processo dialético, trata-se de um processo em que, não obstante mantida a literalidade do texto, sentidos se constroem e se destroem em cada situação concreta. O Direito, em verdade, por se fundar na liberdade, repele qualquer forma de ditadura, inclusive a científica.

Afinal, o que é a ordem jurídica? É o que é ou o resultado da interpretação que dela fazemos? Que o Direito se manifesta pela linguagem normativa, que é forma, não há dúvida. O intérprete, contudo, ao trabalhar a forma, termina compelido a pensar o seu conteúdo. O sentido literal funciona como mero passaporte de ingresso no território da norma; ler o texto, para o intérprete, equivale a apoiar-se na forma

¹⁰ RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Almiro Pesetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67.

para conquistar o conteúdo. Do contrário, ver-se-á incapaz de pensar o que deve ser pensado, funcionará com um mero repetidor, reproduzirá os “pré-conceitos” que tem e os que o texto carrega, apegar-se-á ao que não interessa em detrimento do importante, ficará adstrito ao formalismo e ao dogmatismo. Recorde-se, o intérprete, de que o processo interpretativo é o meio de que se vale o hermenauta para, a partir das normas jurídicas, produzir o Direito. Lembre-se o intérprete de que o labor criativo, para acontecer, exige que se produza um embate dialético entre o que existe e o novo, entre o que existe e a ressemantização ou o novo significado. O que existe converter-se-á em matéria bruta do que está por vir, preservando – como nos adverte Gramsci – “algo do que existe na síntese, sem que possa, *a priori*, dizer o que restará conservado”.¹¹

A interpretação pressupõe duas dimensões lógicas ontologicamente indivizíveis. Num primeiro momento, o intérprete do Direito apreende o sentido do texto normativo; num segundo momento, sua tarefa consiste em extrair, do texto, *a norma*, que nasce do texto, mas que não é simplesmente o texto, é o que o texto interpretado e contextualizado. E a interpretação – sabemos – pressupõe o elemento lógico do dever ser jurídico, mas não se limita a este; pressupõe também que se incorpore, ao ato hermenêutico, aos dados ontoaxiológicos, o conteúdo valorativo que nasce dos fatos e da realidade social e cultural em que a norma é aplicada, o qual será vinculando ao próprio sentido revelado pela norma no momento em que incide, no momento de sua aplicação. Nesse momento, ora o texto elasticiza, ora contrai o seu sentido; ora é literal, ora é sistemático; ora é lógico, ora é teleológico, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto.

Poder-se-ia dizer que interpretar e aplicar é fazer nascer a justiça da lei, de modo que o Direito possa fraternizar com seu povo. Assim como a música não está nem na nota musical nem no intérprete, está no talento e na interpretação, também o Direito não está, nem nos textos normativos, nem no intérprete, está na formação cultural, na formação teórica e no talento de quem o interpreta. A normatividade

¹¹ BOBBIO, Norberto Apud. *O conceito de sociedade civil*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 75.

é como música pautada, pregada na partitura; interpretação é música tocada.¹²

A lei é como a razão que perdeu sua inteligência prospectiva; cabe, ao intérprete, resgatá-la de sua paralisia intelectual por meio da interpretação. Ora, o legislador faz metade ou menos da obra jurídica, o intérprete faz o restante; são a ciência e a sensibilidade do intérprete que conferem à lei o valor do Direito; é no momento em que a norma geral e abstrata se converte na regra concreta que o Direito ganha vida, se humaniza, adquire o seu real conteúdo. O intérprete deve mergulhar nos sonhos da vida real de modo a que o novo, o que, embora querido pelos contornos da vida, ainda não pôde ser vivido, possa ser vivido. A lei – sabemos – deve ser reescrita, como horizonte do possível e do necessário, a cada interpretação, sem que se produza a instabilidade que advém da interpretação e aplicação fora dos marcos constitucionais e legais.

Não obstante se refira à interpretação constitucional, Peter Härbel, ao defender sua formula hermenêutica, apoiando-se na tópica de Theodor Viehweg, escreve que o intérprete hodierno deve operar com o “pensamento jurídico do possível” sempre aberto às múltiplas alternativas e possibilidades que surgem do texto e da vida. Ei-lo:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para as terceiras e quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na *res publica* existe o *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.¹³ (Grifos nossos)

¹² GAMBOGI, Luís Carlos B. *Direito: razão e sensibilidade*. As intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹³ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p.3.

A aplicação da norma não consiste em descrever o prescrito, consiste em reconstruir os seus termos porque a norma jurídica só realiza sua estrutura linguística na medida em que, tecendo a construção social da realidade, revigora o sentido de ordem e justiça por vezes perdido nas linhas do tempo. Para tanto, que as relações entre o intérprete e a realidade jurídica sejam pensadas a partir da concretude da experiência porque a norma não pode nem deve ser isolada de sua aplicação. A “hermenêutica é, assim, filosofia (e não filologia); é faticidade; é vida; é existência”.¹⁴

Inflar o intelecto com códigos e leis não reflete, obrigatoriamente, uma mente apta a interpretar. Não só ciência e técnica formam o intérprete do fenômeno jurídico. Mais que somar conhecimento jurídico sob a óptica técnico-científica, deve, o intérprete, voltar-se para o desenvolvimento do seu talento, isto é, de uma inteligência superior, que se molda a partir da mente livre, sensível à vida, aos seus problemas e contradições.

Não negamos que nós, que lidamos com o fenômeno jurídico, lidamos com uma Ciência. O Direito, fora de qualquer dúvida, reúne condições para se apresentar como dado conhecimento sistematizado e fundado racionalmente. Contudo, trata-se de uma ciência prática, que persegue uma finalidade. A mentalidade cientificista, no entanto, valendo-se da técnica, pretendeu blindar o Direito do uso prático da razão, mas, ao fazê-lo, desnaturou-o, converteu-o num instrumento amoral e politicamente infantilizado. Em nossos dias, se queremos sinceramente unir os sistemas de justiça aos sistemas de direitos, fundamentar as normas do ordenamento, como parece ser a tendência da nossa Ciência, além e enfrentar questões políticas e morais, precisamos reconciliar o Direito com seus fundamentos porque o esforço da modernidade para dessacralizar, racionalizar, e cientificizar o fenômeno jurídico não pode redundar em que este perca seu caráter social e humano. Isso é inaceitável.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÓRRES, Henelo T. (Coord.) *Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri/SP: Manole, 2005, p. 28.

O Direito não é mera técnica nem se reduz à teorização científica. Além desses dois elementos, que lhe são indispensáveis, é em seus fundamentos, em seu conteúdo jusfilosófico, que o Direito encontra razões para se perenizar sem deixar de atender aos fins a que destina. Porém, esclarecemos que nossa reflexão não implica destruir a sua índole científica, não significa defender que os seus fins possam ser buscados fora do ordenamento. Não! Devem ser identificados no próprio ordenamento. Apenas insisto em que se o conhecimento jurídico não redunde em expressão Ética, não é nem mesmo Ciência, é mera tecnologia.¹⁵

O Direito é, sim, uma ciência: tem o seu objeto recortado, definido, e tem uma linguagem própria, um tratamento epistemológico. Porém, não compõe o núcleo duro das ciências, o núcleo formado pelas ciências naturais, cujos enunciados, além de demonstráveis, não admitem exceções. O Direito se situa no campo das disciplinas sociais humanas, é uma ciência prática, tem conteúdo axiológico, possui finalidade. Seus enunciados não são demonstráveis e suas terias não possibilitam a previsão ou o conhecimento antecipado do resultado. Enunciados jurídicos funcionam como princípios, como pontos de largada; a partir deles são desenvolvidos juízos práticos, argumentações, razões que vão além dos juízos lógicos, razões que pressupõem a experiência, o tato, a sensibilidade, o amadurecimento moral e intelectual do cientista.

4 UTOPIA E JURISDIÇÃO

Sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, o Direito se coloca com um fenômeno que é futuro que se está construindo e é presente no que toca aos conflitos que deve ir resolvendo. A cada pergunta, uma resposta; a cada resposta, uma nova pergunta. Isso porque não há, no fenômeno jurídico, um sentido preexistente a espera de um intérprete; o que há é um texto e um intérprete a espera de um evento que, repercutindo no texto, o desafia a produzir um sentido.

¹⁵ “Podemos observar que, em sua transformação histórica, o saber jurídico foi tendo alterado seu estatuto teórico. De saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana, foi atingindo as forma próximas do que se poderia chamar hoje de saber tecnológico” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 84).

A ratio legis é uma força vivente móvel que anima a disposição, acompanha-a em toda a sua vida e desenvolvimento; é uma linfa que mantém sempre verde a planta da lei e faz brotar novas flores e frutos. A disposição pode, desta sorte, ganhar com o tempo um sentido novo e aplicar-se a novos casos. Sobre este princípio se baseia a chamada interpretação evolutiva.¹⁶ (Grifos nossos)

Naturalmente que, em uma ordem jurídica democrática, legitimidade e legitimação são postulados em nosso ofício. Os conceitos, às vezes confundidos, são distintos. Legitimação vincula-se à realidade social, deriva de um processo constante, permanente, perene, e visa construir a legitimidade ato a ato, atividade a atividade, produto a produto; legitimidade radica-se, assenta-se na soberania, e se reflete no sistema jurídico-político, norma a norma constituindo-se na medida em que exprime e agrega os valores sociais que balizam a ação da autoridade.

Em uma palavra: a legitimidade se conquista por meio da função legislativa; a legitimação, pela função administrativa ou jurisdicional. A primeira função produz a lei; a segunda, aplica-a. Diríamos – inspirando-nos em Klaus Günther¹⁷ – que a função legislativa pressupõe a justificação; a função administrativa, requer a motivação; a jurisdicional, exige a fundamentação, que pressupõe o contraditório dialógico.

A legitimidade, desde a origem do constitucionalismo, a partir da lógica da separação dos poderes, centra-se na soberania popular, mas não se estende ao Judiciário, salvo exceções. Este, o Judiciário, na linha do suscitado por Max Weber¹⁸, passou a tirar sua legitimidade da racionalização fundada na legalidade. Com efeito, a legitimidade do Judiciário assenta-se na legalidade. A lei, no entanto, para preservar a legitimidade que confere ao Judiciário, sem perder sua lógica formal e operacional, deve ser continuamente ressemantizada de modo a incorporar o valor e o sentido substancial da razão histórica que justifica os atos do poder.

¹⁶ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Trad. Manuel Antônio. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 142.

¹⁷ GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa para uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. Cadernos de filosofia Alemã. São Paulo: N°6, 2000.

¹⁸ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970.

É que, para se manter legitimadora, a lei necessita dialogar com a realidade que rege, pondo-se, sempre, como objeto das valorações sociais. Desse modo, a legitimidade conferida pela lei opera como uma obra em aberto, numa permanente reconstrução de si mesma. Como a legitimidade requer, pressupõe um juízo de valor sobre a validade das normas, a legitimidade acaba por ser uma questão ontologicamente ética e, também, de ordem política.

No que toca à legitimação, compreendida como um processo em que se faz a avaliação empírica do grau de aceitação da ordem jurídico-política, alguns modos e formas, já desenvolvidos ou em desenvolvimento, podem ser destacados. Um deles, fora de dúvida, está no conhecimento. Como pontuou Weber, a racionalidade e o domínio científico constituem meios para se conquistar e alimentar a legitimação porque em sociedades estruturalmente complexas, como são as sociedades contemporâneas, o conhecimento constitui condição para se decidir e agir com eficiência e com razoáveis chances de acerto.

Ocorre que a eficiência, e o mesmo o acerto, num campo sensível como o jurídico, que não é matemático, somente renderá legitimação se produto do debate livre, amplo, democrático, se resultado do debate realizado sob o balizamento dos direitos constitucionais fundamentais, dentre os quais se evidencia a observância ao devido processo legal.

É também preciso se ter claro que ao resolver conflitos sociais, sua missão precípua, o Judiciário, e, portanto, o Juiz, para não se perder por de trás da gigantesca pilha de processos aos seus cuidados, para preservar a dimensão humana do serviço jurisdicional, para sondar o que se oculta no coração da controvérsia, para conhecer a densa e complexa pauta do mundo, e nele imprimir o sentido da justiça, necessita de apoio logístico, de tempo, de preparo intelectual, de esperança e de liberdade. Não é plausível nem razoável exigir, dos magistrados, decisões céleres, tecnicamente corretas e eticamente justas, sem que se lhes ofereça os instrumentos de que necessitam. Ademais, cabe enfatizar que o conhecimento, o saber jurídico técnico e científico não rende legitimação se o Judiciário, em suas decisões, nelas deixe de imprimir o sentido do justo mediante o exercício da correção normativa.

Há na Constituição e, em todo ordenamento, princípios jurídicos vinculantes que, em razão sua deles natureza elástica e da relação dialética que travam, abrem espaço a uma hermenêutica de princípios que permite e reafirma a necessidade de se ver a legislação como um meio, um instrumento que, combinado com a prevalência normativa dos valores, se destina a construir o Direito. São os princípios jurídicos que fazem com que a ordem normativa seja um sistema aberto em razão de sua “estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e de ‘justiça’”.¹⁹ “A Constituição é, ela própria, história.”²⁰

Eis a razão pela qual a inteligência do intérprete do direito deve refletir o momento em que feita a interpretação, sendo-lhe proibido adiantar ou atrasar o relógio da História. Somente as exigências da realidade, o que determinarem os fatos, as necessidades e as circunstâncias do real autorizam ou recomendam mudanças interpretativas mais radicais, exatamente como enxergaram os romanos: *factibus ipsis dictantibus ac necessitate exigente*.

Ora, se se pretende verdadeiramente a humanização do Direito e dos tribunais, faz-se necessário lembrar se este propósito está indissoluvelmente vinculado ao dever que tem o intérprete de, ao analisar e aplicar os textos legais ao caso concreto, incorporar à interpretação o ideário de justiça dominante na sociedade quando de sua efetivação. Esse ideário, no entanto, não pode nem deve ser o ideário de quem interpreta e, sim, o ideário ético-jurídico insculpido na ordem jurídica, notadamente o ideário ético-jurídico estampado na ordem constitucional. O intérprete que não considera a justiça o objetivo supremo da lei, ignora que a liberdade e o respeito que deve à pessoa humana, fundamentos da ordem constitucional democrática; portanto, despreza o que legitima toda e qualquer proposição ou norma jurídica.

Construir o Direito não é tarefa apenas do legislador, sobretudo ao intérprete cabe construí-lo. E, enquanto atividade jurisdicional, o

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.159.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 21.

Direito é ciência e é arte, a arte e a ciência de mergulhar no terreno duro da normatividade e de lá arrancar a verdade jurídica. A legislação positiva está sempre a envelhecer, a perder sua perspectiva do futuro, enquanto que a matéria normatizada, que se situa no plano da vida, avança, caminha, e, assim, abre lacunas na ordem jurídica, torna normas caducas, obsoletas, insatisfatórias, inadequadas às soluções cogitadas pelo texto original.

O texto normativo carrega o Direito, é verdade, mas o que o extrai é, em última análise, o preparo cultural, o teórico, e o talento do intérprete. Aquele que deseja aprender a interpretar deve antes saber como se aprende a estudar o Direito: primeiro, que desenvolva o gosto pela leitura e que aprenda a escrever, que saiba combinar ideias, que aprenda a discernir e a exercitar o raciocínio sob a espada da lógica jurídica; em seguida, que ande pela ordem normativa, visite seus princípios, fundamentos e regras, que escale o ordenamento, degrau por degrau, que caminhe por seus labirintos e que aprenda a pensar de cabeça erguida. Assim como o caçador de pedras preciosas rasga a terra para buscá-las, o intérprete deve penetrar no texto e nos fatos até encontrar o sentido jurídico preciso. No processo interpretativo, tanto os fatos quanto as normas são importantes; saber interpretar fatos é tão ou mais importante que saber interpretar leis. Lembremo-nos de Martin Heidegger, o precursor da hermenêutica filosófica contemporânea, quando escreve que “em tudo o que já se conhece esconde-se algo digno de pensamento”.

Para realizar essa operação, torna-se necessário elevar o espírito e o raciocínio para além do petrificado de modo a incorporar, como se por uma alavanca de luz, a dinâmica da vida social e moral concreta do homem. Em vez de âncora, que a ciência e o talento sejam, para o intérprete, como velas ao vento, a impulsionar adiante o sentido da liberdade e da justiça. O intérprete do Direito tem o dever de passar pelo mundo sem se embrutecer e tem o direito de não se ver compelido a renunciar aos ideais humanitários, não obstante tenha consciência de que a realização do jurídico dele requer o desenvolvimento do seu sentido prático. Como a norma jurídica não existe para si mesma, nem em si mesma, como não tem pernas para andar nem cérebro para pensar, resta claro que sua vida está na interpretação que lhe damos.

As melhores interpretações sempre serão aquelas que saem naturalmente do coração do intérprete, passam pelo crivo severo da sua razão, e são capazes de conquistar o coração e as mentes daqueles que vivem a caminhada da liberdade e da justiça pela vida. Como escreveu Platão, em *As leis*, “ninguém negaria que a justiça entre os homens é uma coisa bela e foi ela que civilizou todos os assuntos humanos”.

Em verdade, se fossemos capazes de compreender o amor além de sua lógica pessoal e privatista, se fossemos capazes de enxergar no amor sua dimensão pública, o direito e a justiça, ao invés de opostos, seriam como o vento e a vela. Como disse o Min. César Peluso, “só quem ama deveria ter o poder de punir”.

O amor – escreve Paul Ricoeur²¹ – ‘o amor tem a mesma extensão que a justiça. Ele é sua alma, seu impulso, sua motivação profunda; confere-lhe sua visada que é o outro, cujo valor absoluto ele atesta; acrescenta a certeza do coração àquilo que corre o risco de tornar-se jurídico, tecnocrático, burocrático no exercício da justiça. Em compensação, porém, é a justiça efetiva, institucional, social do amor’.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto Apud. *O conceito de sociedade civil*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Trad. Manuel Antônio. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1987.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GALEANO, Eduardo. *Palabras andantes*. Montevideu: Ediciones del Chanchito, 1993.
- GAMBOGI, Luís Carlos B. *Direito: razão e sensibilidade. As intuições na hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²¹ RICOUER, Paul. *Ideologia e Interpretação*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990, p. 162.

GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa para uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. Cadernos de filosofia Alemã. São Paulo, nº6. 2000.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MORIN, Edgar. *A religação dos saberes. O desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões, *In*: BARBOSA, Maria Elisa Braz; DIAS, Maria Tereza Fonseca; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa (Orgs.). Estado e Propriedade – Estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires *et al.* Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Almiro Pesetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICOUER, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma: afastando o fantasma do relativismo. *In*: TÔRRES, Henelo T. (Coord.) *Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri, SP: Manole, 2005.

VILLELA, João Baptista. Força e debilidade do direito. *Revista Del Rey Jurídica*: Belo Horizonte, a. 5, n. 11.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix. 1970.

Recebido em 21/10/2016

Aprovado em 13/5/2017

7

USO E ABUSO DA JUSTIÇA GRATUITA ANTE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA E RESPECTIVOS IMPACTOS NO ORÇAMENTO DO TJMG

(USE AND ABUSE OF FREE JUSTICE IN FACE OF THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF BROAD ACCESS
TO JUSTICE AND ITS IMPACT ON THE BUDGET OF
THE COURT OF JUSTICE OF MINAS GERAIS)

Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira¹

RESUMO

Este trabalho tem como objeto o estudo do uso regular e abusivo do benefício da justiça gratuita *versus* o princípio constitucional do amplo acesso à justiça, sem embargo do enorme desafio de bem gerir a escassez dos recursos provenientes do orçamento público, à luz da interpretação multidisciplinar dos principais institutos legais correlacionados. Foi realizada pesquisa qualitativa de caráter descritivo e explicativo, por meio de extensa análise documental e da literatura científica pertinente ao tema, procurando contextualizar,

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Ex-Professor de TGP e Direito Processual Civil I. Pós-graduado em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília – UnB.

sinteticamente, a regulamentação da assistência jurídica no sistema judicial brasileiro, desde meados do século passado, as atuais repercussões da concessão e do indeferimento da justiça gratuita no direito de ação e seus reflexos orçamentários, com ênfase no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conclui-se que a concessão indiscriminada da justiça gratuita pode, em vez de ampliar, causar embaraços ao direito de ação dos hipossuficientes, porquanto o amplo acesso à justiça não impõe como pré-requisito a gratuidade universal do processo judicial, mas o acesso à ordem jurídica justa. Logo, o moderno movimento de acesso à justiça exige que o Poder Judiciário adote critérios objetivos de julgamento para regular satisfatoriamente o exame do benefício e evitar indesejáveis distorções em decorrência de abusos processuais, sempre de acordo com os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

Palavras-chave: Assistência jurídica; Assistência judiciária; Justiça gratuita; Acesso à justiça; Orçamento.

ABSTRACT

This work has as the object the study of regular and abusive use of legal assistance and gratuity versus the constitutional principle of access to justice, although the enormous challenge of well manage scarce resources from the public budget, in the light of the multidisciplinary interpretation of main correlated legal institutes. It was made a qualitative research with descriptive and explanatory character through extensive document analysis and the scientific literature to the theme, seeking to contextualize, synthetically, the regulation of legal assistance in the Brazilian judicial system, since the middle of last century, the current impacts of granting and the rejection of gratuity's application in right of action and its budgetary consequences, with emphasis in the Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. In conclusion, the indiscriminate granting of gratuity may, instead of expanding, cause embarrassment to the right of action of hyposufficient, whereas the wide access to justice doesn't impose as a prerequisite the universal gratuity of the judicial process, but the access to fair legal order. Therefore, the modern movement of access to justice requires the Judiciary adopts objective rules of judgment to regulate satisfactorily the examination of benefit and avoid undesirable distortions in

consequence of procedural abuses, always according to the social purposes of the law and the requirements of the common good.

Keywords: Legal aid; Legal assistance and gratuity; Access to justice; Public budget.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As três ondas de acesso à justiça e sua repercussão no expressivo aumento do acervo processual do TJMG; 3. Breve distinção entre assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita; 4. Natureza jurídica das custas processuais; 5. Disciplina legal da gratuidade da justiça; 6. Evolução da linha interpretativa do tema nos tribunais pátrios; 7. Algumas nuances do direito comparado; 8. Impactos do custeio da justiça gratuita no orçamento do TJMG; 9. A necessidade do advento de um critério uniforme e objetivo para a concessão do benefício da gratuidade; 10. Considerações finais; 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em caso de lesão ou ameaça a direito, o jurisdicionado anseia pela materialização da clássica expressão universalmente difundida no meio jurídico, “Fiat justitia et pereat mundus”, vale dizer, “Faça-se justiça, embora pereça o mundo”, a qual Hegel (1821, p. 114/115), com singular perspicácia, aprimorou para “Fiat justitia ne pereat mundus”, isto é, “Faça-se justiça para que o mundo não pereça”.

No entanto, quando dois princípios constitucionais, previstos no artigo 5º, incisos XXXV – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* – e LXXIV – *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos* –, encontram-se em rota de colisão, sobretudo num momento histórico em que a arrecadação tributária estatal é cada vez maior, mas, ao mesmo tempo, os recursos provenientes do orçamento público nunca são suficientes para atender às demandas da sociedade, de que modo a concessão ou o indeferimento da justiça gratuita podem se materializar, em face da aparente ambiguidade entre os textos da própria Constituição Federal/1988, da Lei nº 1.060/1950, parcialmente revogada, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, sem que haja ofensa ao direito fundamental do amplo acesso à justiça?

De fato, a CF assegura expressamente o *amplo acesso à justiça*, também denominado de *princípio do direito de ação* ou *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Todavia, a efetivação do direito fundamental do acesso à justiça implica reexame metodológico da aplicabilidade de certos institutos, notadamente da assistência jurídica integral e gratuita, constitucionalmente garantida pelo mesmo artigo 5º, inciso LXXIV, tendo em vista o espantoso e crescente número de pedidos de obtenção da benesse legal nos casos concretos submetidos a julgamento, devida ou indevidamente, o que acaba gerando impactos extremamente negativos no orçamento público dos tribunais e, via de consequência, sensíveis prejuízos a todos os jurisdicionados.

Constata-se que, até hoje, não existe no Brasil um critério objetivo para regular satisfatoriamente a concessão da assistência judiciária aos necessitados, ainda normatizada em parte pela Lei nº 1.060, de 05/02/1950, assim como para disciplinar o deferimento da justiça gratuita, que passou a ser regulamentada pelo novo CPC, desde quando entrou em vigor no dia 18/03/2016, sem, contudo, positivar o referido critério objetivamente, abrindo margem para que uma interpretação meramente literal de seu texto acarrete indesejáveis distorções em decorrência de abusos do direito e má-fé processual.

De outro lado, não se pode ignorar que o indeferimento dos pedidos de justiça gratuita, sem critério objetivo previamente definido, pode acarretar a supressão ou mitigação da garantia do amplo acesso à justiça, mas, *a contrario sensu*, a concessão da benesse de forma indiscriminada pode promover o caos do Poder Judiciário, em meio à avalanche de aventuras jurídicas que desembocam diariamente nos tribunais, ante a inexistência do temor de arcar com os ônus da sucumbência, em caso de derrota.

Assim, importa analisar o uso e abuso da justiça gratuita *versus* o princípio constitucional do amplo acesso à justiça no Estado Democrático de Direito, devido à virtual desarmonia entre referidos institutos, com o intuito de apresentar uma sugestão de compatibilização para garantir aos jurisdicionados a possibilidade de efetivação dos seus direitos em juízo, quando o benefício for regularmente concedido e, surpreendentemente, mesmo se restar indeferido, por

ser destituído de fundamento e em desacordo com a situação econômico-financeira do postulante, de modo a evitar efeitos nocivos sobre todo o sistema, através da preservação da saúde orçamentária institucional.

A metodologia empregada parte da pesquisa qualitativa de caráter descritivo e explicativo, consistente na investigação das normas específicas em vigor sobre a matéria em nosso ordenamento jurídico, desde meados do século passado, abordagem da doutrina, jurisprudência, artigos de periódicos em material bibliográfico impresso ou informático, extensa análise documental de relatórios oficiais, e do procedimento comparativo para encontrar um ponto de equilíbrio para a realidade jurídica brasileira, por causa das atuais repercussões da concessão e do indeferimento da justiça gratuita no direito de ação e seus reflexos orçamentários, com ênfase no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sem deixar de lado as constatações empíricas dos fatores econômicos, políticos e sociais e sua carga de influência nos resultados do problema pesquisado.

Em resumo, parte-se de uma indispensável explanação acerca das três ondas de acesso à justiça, iniciadas em 1965, e a drástica progressão do acervo processual do TJMG nas últimas décadas, passando por uma breve distinção entre os conceitos de assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita, a natureza jurídica das custas processuais e a disciplina legal da gratuidade da justiça, até a evolução da linha interpretativa do tema nos tribunais pátrios. Logo depois, a fim de alargar a visão da assistência jurídica no mundo ocidental contemporâneo, foram registradas algumas nuances do direito comparado, bem como investigados os impactos do custeio da justiça gratuita no orçamento do TJMG e, conseqüentemente, a necessidade do advento de um critério uniforme e objetivo para a concessão do benefício da gratuidade, seguindo, então, as considerações finais.

Longe de esgotar o tema, busca-se, *de lege lata*, uma interpretação mais condizente com a nossa realidade social, inclusive decorrente das evidentes limitações orçamentárias, através de críticas aos pontos controvertidos e lacunas, e, *de lege ferenda*, um aprimoramento do sistema judicial brasileiro, em defesa de uma prestação jurisdicional mais justa, igualitária e eficiente.

2. AS TRÊS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA REPERCUSSÃO NO EXPRESSIVO AUMENTO DO ACERVO PROCESSUAL DO TJMG

A preocupação científica com o direito fundamental do acesso à justiça surgiu em meados da década de 1960, impulsionada por três correntes denominadas de três ondas de acesso à justiça: primeira onda, *hipossuficientes econômicos*; segunda onda, *interesses transindividuais*; e terceira onda, *novas fórmulas de instrumentos*.

Cappelletti e Garth (1988, p. 31) destacam, a propósito, que:

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Internacionalmente, o direito já era assegurado, pelo menos no plano formal, desde a Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1948 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional em 12/12/1991 e promulgado por meio do Decreto nº 592, de 06/07/1992, e a Convenção Americana de Direitos Humanos ou *Pacto de San José da Costa Rica* de 1969, ratificado pelo Brasil em 07/09/1992 e promulgado por meio do Decreto Nº 678, de 06/11/1992.

Em linhas gerais, referidos diplomas e tratados partem da compreensão ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam manter a dignidade inerente a todos os membros da família e gozar plenamente dos direitos da personalidade, econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, dentre os quais,

obviamente, o de ingressar na Justiça para fazer respeitar os seus direitos fundamentais, inclusive quando violados pelo próprio Estado ou quaisquer agentes investidos da função pública.

Na verdade, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma corrida desenfreada à Justiça brasileira em busca da efetivação dos direitos conquistados com a redemocratização do país. Isso acarretou uma explosão demandista jamais vista em toda a história do nosso Poder Judiciário, minando a respectiva capacidade de responder aos anseios do jurisdicionado no tempo esperado.

“Existe uma judicialização que atinge a vida de todos nós. Estamos vivendo uma epidemia de processos judiciais no País e diante disso é preciso pensar em algum tipo de remédio. São mais de 100 milhões de processos, um em cada dois brasileiros está em juízo”, declarou o ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2015), na abertura da programação científica do XXII Congresso de Magistrados Brasileiros, realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

Diante desse quadro e da quase inércia da sociedade civil organizada, motivada principalmente pela cultura brasileira da litigância, ao Poder Judiciário não restou alternativa, senão ocupar o espaço vazio e instituir projetos de acesso à justiça, em parceria com instituições privadas, com o fim de resgatar a cidadania dos excluídos e evitar a própria asfixia causada pelo incessante aumento da demanda, sem o necessário aparelhamento.

Em Minas Gerais, merece referência a experiência vitoriosa dos antigos Juizados Informais de Pequenas Causas, regulamentados pela Resolução nº 236, de 10/04/1992, posteriormente transformados nos Juizados Informais de Conciliação, por força da Resolução nº 378/2001, destinados a resolver conflitos de interesses, antes da judicialização, com ênfase na mediação e conciliação, proporcionando o diálogo entre as partes, de forma pacífica, rápida, como elemento redutor do número de feitos em curso nos Juizados Especiais e para atender as demandas não alcançadas por eles.

Importante citar, ainda, outra iniciativa pioneira de pacificação dos “*conflitos de família*”, através do “*Projeto Conciliação*”, implantado nas Varas de Família da Capital, em 01/09/2002. Com elevado índice de acordos em questões sociais intimamente ligadas à violência doméstica

e perceptível aumento da presteza na outorga da tutela jurisdicional, o projeto-piloto foi institucionalizado por meio da Resolução nº 407 do TJMG, de 14/02/2003, passando a denominar-se “*Central de Conciliação*”, quando foi, então, expandido para diversas Comarcas do Estado.

Convém destacar que o projeto recebeu, concorrendo com mais de 400 práticas inovadoras de todo o país, o Prêmio Innovare – Edição I-2004, instituído com o fim de divulgar soluções para os demais Tribunais usufruírem da mesma expertise.

Hoje, na fase pré-processual, o TJMG cumpre ainda um papel preventivo, por intermédio do CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, instalado em inúmeras comarcas do Estado, por força da Resolução nº 661/2011 do TJMG e da Resolução nº 125/2010 do CNJ, dirimindo o conflito já em seu nascedouro, de variadas naturezas, de modo informal, gratuito e por meio do acordo, intermediado por voluntários, em espaço adequado para este fim nas comunidades.

Pode-se lograr um caminho mais curto para o entendimento entre as partes, evitando-se maiores desgastes psicológicos e econômicos que envolvem os processos judiciais, sob o rito tradicional, em geral, complexo e custoso.

Nada obstante, mesmo com a implantação de todos esses projetos alternativos de solução de conflitos, ocorreu um alarmante aumento do acervo processual do TJMG. O Relatório Anual de Movimentação Processual, divulgado pela SEPLAG – CEINFO, revela que o acervo na 1ª Instância do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais saltou de 507.870 feitos ativos em 1994, para 6.063.674 de processos físicos em 2015 e, se somadas a 2ª Instância e as Turmas Recursais, totaliza quase 6,3 milhões de feitos ativos.²

Percebe-se, destarte, que *o número de processos cresceu vertiginosamente*, eis que o total geral aumentou, em pouco mais de duas

² TJMG. Portal da Transparência. TJ em Números. Estatísticas da 1ª Instância. *Relatório Anual de Movimentação Processual*, Belo Horizonte/MG, 2015, p. 6. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/F7/F4/F9/DA/9E333510139BD-135DD4E08A8/Movimentacao%20Processual%20-%20Jan%20a%20Dez%20de%202015.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

décadas, *quase 12 (doze) vezes*, enquanto a *produtividade média por juiz* foi ampliada em praticamente *4 (quatro) vezes*, em grande parte pela instalação de varas, criação do cargo de assessor de juiz e implantação das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs), embora o *número de magistrados* sequer tenha dobrado, pois teve um acréscimo de apenas *67% em seu quadro*.

Durante o painel “O Direito e a transformação social”, do XXII Congresso de Magistrados Brasileiros, Barroso (2015) reconheceu aspectos positivos no aumento da quantidade de processos em tramitação, mas apontou a falta de estrutura como uma das questões mais graves que congestionam os tribunais, por isso, destacou também a necessidade da adoção de métodos alternativos, como a conciliação, para imprimir maior celeridade à Justiça.³

É bom saber, a propósito, que o recente pensamento já encontra ressonância em outros segmentos do meio jurídico, sobretudo na advocacia, porquanto, na abertura do Congresso de Mediação e Conciliação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MG), em 15/09/2016, o vice-presidente do Conselho Federal da OAB, Luís Cláudio Chaves, pontuou que a mediação e a conciliação resolvem com celeridade as lides e dão maior credibilidade à advocacia e ao Judiciário, pois representam a humanização das relações jurídicas, enquanto o presidente da Caixa de Assistência dos Advogados, Sérgio Murilo Braga, reconheceu que não é possível que uma população de pouco mais de 200 milhões de habitantes tenha mais de 100 milhões de processos, porque não há estrutura judiciária capaz de dar conta dessa beligerância.⁴

3. BREVE DISTINÇÃO ENTRE ASSISTÊNCIA JURÍDICA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E JUSTIÇA GRATUITA

Embora utilizados com frequência no mesmo sentido, sobretudo por força dos rotineiros erros de natureza técnica cometidos pelo

³ *Idem, ibidem.*

⁴ Painel “Novas Oportunidades na Advocacia”. In: Congresso de Mediação e Conciliação da Ordem dos Advogados do Brasil. OAB/MG, Belo Horizonte/MG, 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/mediacao-e-conciliacao-sao-tema-de-congresso-da-oab-mg.htm#V-H7AvkrKM9>>. Acesso em: 16 set. 2016.

próprio legislador, os termos “*assistência jurídica*”, “*assistência judiciária*” e “*justiça gratuita*” possuem significados diversos.

A “*assistência jurídica*” possui maior abrangência do que a *assistência judiciária*, tendo em vista que compreende tanto a representação em juízo ou defesa judicial, quanto a prática de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, a instauração e acompanhamento de processos administrativos perante órgãos públicos e serviços notariais e de registro, atividades de consultoria, encerramento, aconselhamento, informação e orientação em assuntos jurídicos. Já a “*assistência judiciária*” abrange a defesa do assistido em juízo, através do Estado, via Defensoria Pública, ou por entidades não estatais, via núcleos e centros de assistência jurídica das faculdades, ou por intermédio de advogados particulares, conveniados ou não com o Poder Público (*No mesmo sentido*: MORAES, 1999, p. 58).

Por fim, o conceito de “*justiça gratuita*” é bem delimitado pelo saudoso mestre Pontes de Miranda, *in verbis*:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da causa. (MIRANDA, 1987, p. 641/642)

Em geral, a concessão do benefício da justiça gratuita por decisão do juiz dispensa a parte provisoriamente de efetuar o preparo prévio ou o pagamento das *custas processuais*, compostas pelas custas judiciais e taxa judiciária, no ato da distribuição da ação, e, durante o curso do feito, das demais *despesas processuais*, que englobam os gastos postais, com publicação de editais, verba de diligência do oficial de justiça, honorários periciais, remuneração do tradutor ou do intérprete, depósitos recursais ou para propositura de ação, legalmente previstos, emolumentos devidos a notários ou registradores em função da prática de ato necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade do processo judicial amparado pela gratuidade, honorários advocatícios decorrentes da sucumbência etc.

4. NATUREZA JURÍDICA DAS CUSTAS PROCESSUAIS

As *custas processuais*, constituídas pelas *custas judiciais* e a *taxa judiciária*, são espécie do gênero tributo, da modalidade taxa, devidas pela utilização de um serviço público específico e individual posto à disposição dos jurisdicionados.⁵

Por meio de diversos precedentes, observa-se que não existe espaço, no campo tributário, para interpretações que afastem a concretização dos princípios da isonomia, universalidade, solidariedade, capacidade contributiva e justiça tributária.

No Estado de Minas Gerais, a contagem, a cobrança e o pagamento das custas remuneratórias dos serviços judiciários devidas ao Estado, no âmbito da Justiça Estadual de primeiro e segundo graus, encontra respaldo na Lei nº 14.939, de 29/12/2003, cujo artigo 4º as define como sendo despesas com atos judiciais praticados em razão de ofício, especificados nas tabelas do respectivo anexo, e referem-se ao registro, à expedição, ao preparo e ao arquivamento de feitos.

Portanto, eventual sonegação fiscal, vale registrar, constitui crime contra a ordem tributária, tipificado pelo artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, que comina *pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa*, sem prejuízo, obviamente, das demais sanções de ordem processual e administrativa impostas à parte, conforme estabelece o artigo 100, parágrafo único, do NCPC, consistentes no pagamento das despesas processuais que tiver deixado de adiantar e, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Aliás, por essa razão, a lei proíbe o magistrado de despachar a petição inicial ou reconvenção, dar andamento ao processo, proferir sentença ou prolatar acórdão, bem como o servidor de distribuir ação ou reconvenção, expedir mandado, dar andamento ou fazer conclusão dos autos ao julgador, sem a regular comprovação do pagamento das

⁵ Nesse sentido, já decidiu o excelso STF: ADI 948, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/1995, DJ 17-03-2000, PP-00002 EMENT VOL-01983-01 PP-00043 RTJ VOL-00172-3 PP-00778.

custas judiciais, sob pena de responsabilidade pessoal pelo cumprimento da obrigação, além das sanções administrativas cabíveis, na forma do disposto no artigo 2º da Lei nº 14.939/2003.

Daí, a isenção não se cuida, a toda evidência, de ato discricionário do magistrado, no exercício do monopólio da jurisdição, devendo ser deferida apenas aos hipossuficientes, na real acepção do termo.

Mas a situação dos hipossuficientes é expressamente resguardada pelo Provimento-Conjunto nº 15/2010 do TJMG, que prevê, nos artigos 22 e 23, inciso II, o custeio das despesas processuais por meio de recursos empenhados no orçamento do Tribunal.

5. DISCIPLINA LEGAL DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

A Constituição Federal/1988 assegura a todos expressamente no artigo 5º, inciso LXXIV, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Por sua vez, a Lei nº 1.060/1950, embora recepcionada pela CF/88, dispunha no artigo 4º, recentemente revogado pela Lei nº 13.105/2015, tão somente que “a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Agora, desde o dia 18/03/2016, data da entrada em vigor do novo CPC, o assunto vem regulamentado pela Lei nº 13.105/2015, nos seguintes termos:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira tem, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. (Grifos nossos)

A inovação legislativa ficou por conta da expressa possibilidade da pessoa jurídica obter a gratuidade da justiça, se demonstrar a incapacidade financeira de arcar com os encargos processuais, o que já era admitido pela doutrina e jurisprudência, muito antes do advento da Súmula 481 do STJ, de 28/06/2012.

6. EVOLUÇÃO DA LINHA INTERPRETATIVA DO TEMA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Na prática, até bem pouco tempo, prevalecia o firme entendimento nos tribunais pátrios, sobretudo nas instâncias superiores, de que bastava a mera declaração do postulante de que não possuía condições de efetuar o recolhimento das custas processuais e de assumir os honorários de advogado, a fim de que obtivesse o benefício de litigar sob o pálio da justiça gratuita, fundado na presunção legal de veracidade do disposto no art. 4º da Lei nº 1.060/1950.⁶

Mesmo em caso de derrota, o beneficiário da justiça gratuita fica isento, *ex vi legis*, de qualquer ônus ou risco de ter que arcar com o pagamento da sucumbência – *composta pelas custas e despesas processuais* – em favor da parte contrária, e de honorários sucumbenciais destinados por lei ao advogado da parte *ex adversa*, salvo se adquirir substancial elevação da renda nos cinco anos seguintes ao término da ação judicial.

Certamente, um dos fatores que motivou o sopro da mudança de entendimento foi a percepção do assombroso crescimento do número de lides e recursos temerários diariamente ajuizados no país afora. Desde então, vem ganhando força o fundamento de que a gratuidade judiciária deve ser deferida somente aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos exatos termos do art. 5º, LXXIV, da CF, em prol dos jurisdicionados verdadeiramente necessitados, que acionam o Judiciário em busca do restabelecimento e satisfação de direitos ameaçados ou violados, sem alterar a verdade dos fatos, nem ocultar a real situação econômico-financeira, em detrimento do imprescindível custeio da atividade jurisdicional.

Nesse contexto, em meados de 2010, o Órgão Especial do TJMG, na linha de entendimento do STJ, pacificou a jurisprudência mineira, *in verbis*:

⁶ *Vide*: STF. RE 205746 / RS. REL. MIN. CARLOS VELLOSO. 26/11/1997. *E ainda*: STJ. REsp 682152 / GO. REL. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI. DJ DE 11.04.2005, P. 327. STJ. REsp 494867 / AM. REL. MINISTRO CASTRO FILHO. DJ 29.09.2003, P. 247. RLTR, VOL. 10, OUTUBRO 2003, P. 1227. RSTJ VOL. 173 P. 255. STJ. REsp 200390 / SP. REL. MINISTRO EDSON VIDIGAL. DJ DE 04.12.2000 P. 85.

Ementa: ‘INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – JUSTIÇA GRATUITA – POSSIBILIDADE DE CONDICIONAR A CONCESSÃO DA GRATUIDADE À COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE – ART. 4º, DA LEI 1.060/1950 – DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO – LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS - ARTS. 130 E 131, DO CPC.’ (TJMG. Corte Superior. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0024.08.093413-6/002. Numeração única: 0934136-11.2008.8.13.0024. Rel. Des. RONEY OLIVEIRA. Data do Julgamento: 25/08/2010. Data da Publicação: 19/11/2010) (Grifos nossos)

Aprofundando o debate, há uma corrente que defende a adoção de critérios objetivos para a concessão do benefício baseados na faixa de isenção do imposto de renda, eis que o contribuinte não isento se sujeita ao pagamento de todas as espécies de tributos, logo, se auferir rendimentos tributáveis, decerto que pode arcar com as custas processuais sem comprometer o sustento próprio e de sua família.⁷

Bastante razoável também o método utilizado em expressiva parcela dos julgados que adotam como parâmetro, para o enquadramento da parte como hipossuficiente, o sistema de triagem da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.⁸

Em 2015, de acordo com apontamentos do III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, realizado pelo Ministério da Justiça, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais restringiu o atendimento, através da Deliberação nº 025/2015, apenas à *pessoa natural*, nacional ou estrangeira, cuja *renda individual* ou *familiar* não ultrapasse, respectivamente, *3 (três) ou 4 (quatro) salários-mínimos – ampliando-se para 5 (cinco) salários-mínimos quando a entidade familiar for composta por 6 (seis) ou mais membros* –, bem como, em qualquer hipótese, *não possua recursos financeiros* em aplicações ou investimentos *em valor superior a 12 (doze) salários-mínimos*, nos termos do artigo 1º.

⁷ Vide: TJMG – Agravo de Instrumento 1.0223.05.181931-4/001, Relator(a): Des. (a) Elpídio Donizetti, 13ª Câmara Cível, julgamento em 28/09/2006, publicação da súmula em 27/10/2006.

⁸ Ainda: TJMG. Número do processo: 1.0362.03.024880-5/003(1). Numeração Única: 0248805-42.2003.8.13.0362. Rel. Des. Cabral da Silva. Data do Julgamento: 14/12/2010. Data da Publicação: 14/01/2011.

Quanto à *pessoa jurídica* de direito privado economicamente necessitada, a Defensoria Pública presta atendimento desde que, cumulativamente, não possua empregado, prestador de serviços autônomo, sócio ou administrador remunerado com valor bruto mensal superior a 3 (três) salários-mínimos; não seja proprietária, titular de direito à aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 40.000 (quarenta mil) Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais – UFEMGs; nem possua recursos financeiros tais como capital de giro próprio, depósito bancário, aplicação ou investimento, que totalizem valor superior a 20 (vinte) salários-mínimos, na forma do artigo 2º do mesmo ato normativo.

Convém observar outrossim que, com o advento do novo CPC, caiu completamente por terra o equivocado argumento de que o magistrado não poderia agir de ofício para determinar a comprovação da alegada hipossuficiência financeira pela parte, por meio de prova documental da efetiva renda própria ou familiar percebida mensalmente e do respectivo patrimônio.

Ora, diante de indícios acerca da inexistência da hipossuficiência financeira declarada, a presunção relativa contida no artigo 99 do CPC pode ser desconstituída, inclusive de ofício pelo magistrado, por força do parágrafo segundo do mesmo dispositivo c/c artigos 370 e 371, ambos do citado diploma legal.

Ademais, soaria desprovido de qualquer nexos lógico ou jurídico a possibilidade de a parte contrária impugnar o pedido de gratuidade, com base no NCPC, art. 100, e até mesmo notários ou registradores, em busca da satisfação do pagamento de emolumentos decorrentes da prática de ato necessário à efetivação de decisão judicial, a teor do disposto no art. 98, §8º, embora sequer integrem a relação processual, e o juiz, que preside o feito, não tivesse o poder de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, determinar o suprimento dos pressupostos processuais, sanear outros vícios processuais e determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, conforme prescreve expressamente o art. 139, incisos III, IV e IX, da referida lei federal.

A propósito, já na vigência do CPC/2015, o STJ manteve o entendimento de que *o magistrado tem o poder-dever de agir, de ofício*, para ordenar a comprovação da alegada hipossuficiência financeira pela parte, a fim de apreciar o pedido de justiça gratuita:

Ementa: ‘RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. [...] DEVER DA MAGISTRATURA NACIONAL. INDÍCIO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO REQUERENTE. INDEFERIMENTO, DE OFÍCIO, COM PRÉVIA OPORTUNIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO À BENESSE. POSSIBILIDADE. REEXAME DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO. ÓBICE IMPOSTO PELA SÚMULA 7/STJ. [...]’ (STJ. REsp 1584130/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 17/08/2016)

7. ALGUMAS NUANCES DO DIREITO COMPARADO

Em qualificado estudo, Costa Neto (2011, p. 133/135) revela que, em 1999, o modelo de assistência jurídica adotado na *Inglaterra* passou a ser regido pelo *Access to Justice Act*, que instituiu a *Legal Services Commission* (LSC), respectivo órgão gestor, e criou o *Funding Code*, que é o conjunto de regras que norteia a concessão da assistência, estabelecendo os critérios e requisitos que qualificam o postulante como potencial beneficiário, mediante prova adequada de sua condição financeira, pela apresentação de extratos bancários e documentos assemelhados. E completa que “[...] *de acordo com as condições financeiras, podem os pretendentes até mesmo ser compelidos ao pagamento de uma contribuição*”.

Segundo a *The Economist* (1996, p. 47), a título de informação, para disputas abaixo de £ 31.000 na Terra da Rainha, os custos dos litígios geralmente superam o valor dos ganhos de compensação.

Há mais de três anos, com o objetivo de reduzir o número de ações injustificadas e o custo para o contribuinte, a gratuidade da Justiça do Trabalho britânica deixou de ser universal, ficando assegurado o direito de pleitear a gratuidade apenas por meio da comprovação da hipossuficiência.⁹

⁹ *Apud* Consultor Jurídico, São Paulo, 12 jun. 2015. ISSN 1809-2829. *Inglaterra vai rever cobrança de custas processuais em ações trabalhistas*. Disponível em:

Já nos *Estados Unidos da América*, o parágrafo nº 2996f do *Legal Services Corporation Act* estabelece os requisitos e limitações para subvenções e contratos:

Entre outras coisas, a disposição em questão observa que a Corporação, após consulta ao *Director of the Office of Management and Budget* e aos Governadores de diversos Estados, deve estabelecer o limite máximo de receita para que indivíduos se tornem aptos a receberem o serviço de assistência provido pela Corporação. Ainda a entidade deve estabelecer as linhas mestras para assegurar que na fixação destes limites sejam anotados fatores como o patrimônio líquido e nível de receita do cliente; débitos fixos, despesas médicas e outros fatores que afetem a disponibilidade de pagamento do cliente; o custo de vida da localidade e outros elementos relacionados à situação financeira do potencial beneficiário, inclusive observando-se se a falta de receitas decorre de recusa ou falta de disposição voluntária ao trabalho. (COSTA NETO, 2011, p. 138/139)

Basicamente, na *Alemanha*, Costa Neto (2011, p. 143/146) aponta dois requisitos para o gozo do benefício *Armenrecht* (assistência legal), um chamado intrínseco, perspectiva de êxito da causa (*fumus boni juris*), e outro extrínseco, a carência econômica do cidadão a impedir que sem prejuízo do próprio sustento faça frente as despesas relacionadas à causa.

Por fim, na *Itália*, que influenciou drasticamente o direito processual brasileiro, o regime legal da assistência ao necessitado está contido no Decreto régio nº 3.282 de dezembro de 1923, que foi classificado por Cappelletti como um “*decreto lei fascista*”, por ser herança do antigo Estado adepto dessa ideologia radical de triste lembrança. Para se ter uma ligeira ideia do quão é embaraçoso obter o benefício no berço do Direito Romano, as estatísticas apresentadas por Cappelletti há mais de trinta anos já refletiam os nefastos efeitos do arcaico sistema:

Enquanto na Inglaterra, França e Alemanha o patrocínio gratuito foi responsável por percentuais variantes de 20% a 30% das causas, conforme períodos apurados na década de sessenta, na Itália este percentual era de 1% em 1960, 0,61% em 1964 e 0,54% em 1965. Estes dados levam o autor em questão a concluir: ‘La violación del precepto constitucional expresado en el art. 24

<<http://www.conjur.com.br/2015-jun-12/inglaterra-rever-cobranca-custas-procesuais-aco-es-trabalhistas>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

y sintetizado en la fórmula del ‘Estado social de derecho’ no podría ser más macroscópica’.

Outro problema verificado é que os necessitados acabam defendidos por advogados mais jovens e inexperientes, ou mesmo ‘abogados fracassados’, de modo que ao carente até mesmo o nível qualitativo da defesa de sua causa seria inferior, perpetuando-se ao longo de todo o trâmite do processo aquela desigualdade que já se verifica no procedimento preliminar destinado à obtenção da assistência.

A rigor o Estado parece renunciar à prestação do serviço jurisdicional ao necessitado, transferindo este encargo segundo o modelo analisado à classe dos profissionais liberais advogados. (COSTA NETO, 2011, p. 148/151)

8. IMPACTOS DO CUSTEIO DA JUSTIÇA GRATUITA NO ORÇAMENTO DO TJMG

Ruschel *et al.* (2014, p. 15/16) registram que, mesmo com um orçamento geral significativo, onde estão englobados todos os 91 tribunais, os orçamentos estaduais, que atendem os tribunais de justiça e os fóruns estaduais, são diferenciados por estado e a maioria trabalha com verbas restritas. Logo em seguida, complementam que:

Pedroso corrobora com esta idéia ao afirmar que o fato ‘(...) da justiça ser um serviço público, e como tal sujeito a restrições orçamentais, o que torna sua qualidade diretamente dependente dos recursos existentes’. A radiografia almejada pelo CNJ pretende usar o método BSC (Balanced Scorecard) para identificar e interpretar as divergências quantitativas e de qualidade, individualmente por estado e comparando os estados, através de métricas e indicadores cientificamente desenvolvidos.

Atualmente os dados ainda são originários dos registros nos sistemas tradicionais, mas em breve, serão buscados em tempo real nos tribunais que vierem a utilizar o processo eletrônico.

Nesse contexto, o TJMG encontra-se historicamente classificado na terceira posição pelo CNJ, no grupo dos 5 tribunais de grande porte do país, que concentram 51% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional, 43% da população brasileira, 70% dos processos da Justiça Estadual e 57% dos processos de todo o Poder Judiciário. Vide a respeito, a Tabela 4.1 do Relatório Justiça em Números 2015 – ano-base 2014:

Tabela 4.1 - Classificação e Ranking da Justiça Estadual, ano base 2014 *

Grupo	Tribunal	<i>Escore</i>	Despesa Total da Justiça	Casos Novos + Pendentes	Número de Magistrados	Força de Trabalho (servidores e auxiliares)	
1º Grupo: Grande Porte	1	TJ - São Paulo	4,303	8.362.824.642	26.152.101	2.566	66.365
	2	TJ - Rio de Janeiro	1,305	3.787.885.038	12.478.886	802	25.945
	3	TJ - Minas Gerais **	1,163	4.006.678.907	6.055.765	1.045	26.286
	4	TJ - Rio Grande do Sul	0,509	2.437.884.531	4.638.089	758	15.488
	5	TJ - Paraná	0,421	1.884.504.300	4.086.878	823	14.862

* Reprodução parcial. ** Original sem destaque.

Segundo levantamento realizado pelo Centro de Informações para Gestão Institucional – CEINFO, vinculado à Secretaria Executiva de Planejamento e Qualidade na Gestão Institucional – SEPLAG, e disponibilizado no Sistema de Informações Estratégicas do Judiciário – SIJUD, no mês de junho de 2016, havia 1.546.905 processos e 2.251.637 partes amparadas pela gratuidade judiciária somente na Justiça Comum Estadual mineira, o que representa, portanto, se somarmos os 782.465 feitos em tramitação no 1º Grau de Jurisdição dos Juizados Especiais – que também são completamente isentos de custas –, quase 40% (*quarenta por cento*) de todo o acervo processual ativo, isto é, 2.329.370 de processos integral ou parcialmente custeados pelo orçamento do TJMG, sem a coparticipação dos jurisdicionados.

Ora, em termos nacionais, dividindo-se a despesa total da Justiça pelo total de processos baixados, de acordo com as pesquisas divulgadas pelo CNJ, no relatório “*Justiça em Números*” e no Relatório de Portes dos Tribunais em Tecnologia da Informação e Comunicação, o custo médio por processo julgado, em 2013, chegou a R\$ 2.369,73, enquanto no TJMG foi de R\$ 2.196,81, levando-se em conta o tempo médio de cinco anos até a prolação da sentença em Primeira Instância, conforme dados divulgados no relatório “*Justiça em Números*” de 2009.

Assim, pode-se chegar à conclusão de que os gastos anuais realizados pelo TJMG somente no custeio dos processos amparados pela gratuidade judiciária superam facilmente a ordem de 1 bilhão de reais.¹⁰

Em 2015, por exemplo, o Fundo Especial do Poder Judiciário – FEPJ mineiro, composto por receitas advindas das taxas judiciárias e de fiscalização judiciária, administração de depósitos judiciais e remuneração de depósitos bancários, entre outros, custeou R\$ 47.879.919,00 em diligências judiciais em feitos amparados pela justiça gratuita e da Administração Direta do Estado e mais R\$ 414.621,00 com a realização de exames de DNA nas ações de investigação de paternidade, conforme mapa demonstrativo da execução orçamentária¹¹ elaborado

¹⁰ É importante ressaltar que os resultados ora apresentados são baseados em mera estimativa, através da análise comparativa entre os dados coletados em pesquisas oficiais promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o levantamento realizado pelo CEINFO do TJMG.

¹¹ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/orcamento/orcamento/>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

pelo Centro de Controle da Execução Orçamentária – CECOEX, também subordinado à SEPLAG.

Na proposta orçamentária do TJMG para o ano de 2017, aprovada pelo Órgão Especial em 17/08/2016, a previsão é de que o custeio do Banco de Peritos, Tradutores e Intérpretes¹² – o qual contém a lista de profissionais cadastrados no Sistema Eletrônico de Assistência Judiciária Gratuita do TJMG (AJG/TJMG), aptos a serem nomeados para prestar serviços de diversas modalidades de perícias, exames técnicos, tradução e de versão, nos processos judiciais sob o pálio da justiça gratuita em todo o Judiciário Estadual – seria majorado para 2 milhões de reais, com o objetivo de ampliar o acesso à Justiça, por meio da gratuidade integral aos hipossuficientes.¹³

9. A NECESSIDADE DO ADVENTO DE UM CRITÉRIO UNIFORME E OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE

Segundo Bauman (2011, p. 355), citado por Isaia e Langner (2015, p.192), “o que a maioria de nós aprendeu de nossa experiência é que, hoje, nenhuma forma no mundo à nossa volta, por mais sólida que possa parecer, é imune a mudanças”.

Portanto, o aprimoramento do Poder Judiciário, tal como a dos demais organismos públicos e privados e, de resto, da sociedade em geral, exige diversas transformações, v.g., a adoção das novas tecnologias da informação e comunicação à disposição no mundo moderno, bem como é manifesta a necessidade do advento de um critério uniforme e objetivo para a concessão da gratuidade de justiça.

Isso se justifica, a fim de que os hipossuficientes possam efetivamente receber tratamento isonômico em qualquer juízo ou tribunal pátrio e, de modo simultâneo, venha a ser fortalecida a segurança jurídica, através da interpretação e subsequente aplicação uniforme, estável e coerente da lei em todo o território nacional.

¹² Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/orcamento/exercicio-2017/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

¹³ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/processos/assistencia-judiciaria-gratuita/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

Nesse sentido, o art. 926, CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), estabeleceu que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la **estável, íntegra e coerente**. Sem dúvida, o legislador conferiu um sentido bastante técnico a esses **vetores principiológicos** a partir de uma concepção de **dignidade da pessoa humana**, considerando os princípios da **segurança jurídica**, da **proteção da confiança** e da **isonomia** (art. 927, § 4.º, CPC/2015) [...]” (LENZA, 2015, p. 1065). (Grifos do autor)

Logicamente, o simples conceito formal de igualdade, previsto na CF, art. 5º, *caput*, não conduz, por si só, a um tratamento efetivamente justo, daí, surgiu a necessidade da adoção do conceito realista, que impõe a igualdade substancial ou material, a qual requer, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais e desigual aos desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Como bem lembra Barroso (1999, p. 170/171):

Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de proporcionalidade.

A toda evidência, pois, o princípio da isonomia não abre ensejo ao deferimento do benefício para quem não é pobre, na acepção legal do termo, pelo simples fato de ter declarado essa circunstância na petição inicial, reconvenção ou resposta, sobretudo quando os autos contêm indícios de que o postulante reúne condições de pagar as custas processuais, quer seja pela própria renda, que se revela suficiente, quer seja pela profissão declarada ou pelo vasto patrimônio existente, constituído por imóveis e veículos, inclusive de luxo e importados, típico das classes média e alta, ou porque reside em área nobre do município, possui endereço empresarial em valorizado centro comercial, faz frequentes viagens de lazer, até mesmo ao exterior, ou tão somente pelo substancial valor do negócio jurídico objeto do litígio.

Não se desconhece a distinção contábil entre potencial econômico e potencial financeiro, pois enquanto o primeiro está mais ligado ao acervo patrimonial líquido que a pessoa detém (*bens e direitos*,

menos as obrigações), o segundo encontra-se diretamente relacionado ao orçamento positivo ou recursos disponíveis em caixa para saldar as obrigações pontualmente.

Ocorre, no entanto, que admitir tal tipo de diferenciação para conceder a justiça gratuita no Brasil, restringindo a análise ao campo financeiro, é tornar natimorta a regulamentação, pois, no dia a dia forense, é fato corriqueiro o postulante juntar apenas demonstrativos de dívidas e despesas diversas, alegando que não dispõe de liquidez imediata para pagar as custas, quando intimado para comprovar a alegada hipossuficiência.

Inegavelmente, toda pessoa – física ou jurídica –, antes mesmo de nascer ou ser constituída, já gera despesas, assim a simples existência de dívidas ou indisponibilidade de caixa não significa, necessariamente, que a parte é hipossuficiente, mas pode revelar apenas, em incontáveis casos, que se encontra em estado de inadimplência, sem justo motivo, em virtude de má gestão e excesso de gastos supérfluos por pura ostentação.

E em nenhum lugar do planeta, a obrigação tributária pode ficar restrita exclusivamente ao poder financeiro do contribuinte, porque senão o fato é que ninguém recolheria ao fisco os valores devidos a título de impostos, taxas ou contribuições.

A rigor, não se pode esquecer que a própria Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, sempre invocada para explicar as origens históricas do amplo acesso à justiça no plano global, também estabelece, no Capítulo Segundo, *pari passu* com o citado direito fundamental, o dever de pagar impostos:

Artigo XXXVI. Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos.

Em admirável voto, o desembargador Rogério Medeiros¹⁴ delimita, com precisão, os deveres dos agentes públicos na gestão fiscal, por força da Lei Complementar nº 101/2001, inclusive dos magistrados, enquanto gestores da atividade arrecadadora, tornando imperioso o

¹⁴ TJMG – Agravo de Instrumento 1.0702.07.415629-1/001, Relator(a): Des.(a) Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, julgamento em 13/03/2008, publicação da súmula em 15/04/2008. *In*: Jurisprudência Mineira nº184.

exame sistemático das regras sobre a justiça gratuita, com atenção à natureza tributária das custas judiciais, pois onde há função, não há autonomia da vontade. Salienta, em contrapartida, a exigência de inteira submissão das partes litigantes ao princípio da boa-fé, bem assim que seria discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito, pois a gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, em detrimento desse serviço público indispensável que é a jurisdição.

A propósito, a ausência de critérios objetivos pode levar à insegurança jurídica e, não raro, ao demandismo inconsequente, através da invenção de lides artificiais, como restou constatado em um caso emblemático, no qual o juiz negou a gratuidade a um postulante perdulário, autodenominado comerciante, depois de apurar, através das faturas do cartão de crédito internacional, que ele frequentava restaurantes sofisticados de Belo Horizonte/MG, além de realizar inúmeros gastos supérfluos.¹⁵

Na Comarca de Governador Valadares-MG, em outro caso concreto, o benefício da justiça gratuita concedido ao autor pelo TJMG, em sede de agravo, foi revogado de ofício na sentença ao fundamento de que a simples declaração, elaborada com base no então vigente artigo 4º da Lei nº 1.060/1950, possuía presunção meramente relativa de veracidade, podendo ser desconstituída, diante de elementos concretos acerca da inexistência da hipossuficiência declarada pela parte. Após a coleta de robustas provas na fase instrutória da plena capacidade econômico-financeira de o beneficiário assumir o referido ônus, observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, ele foi condenado a pagar as custas processuais em triplo. Em grau de apelação, o eminente relator do recurso reavaliou o seu posicionamento anterior e manteve integralmente a sentença, em bem fundamentado acórdão,¹⁶ ao confirmar que o postulante era médico,

¹⁵ TJMG. *Juiz nega gratuidade a “necessitado” que gasta muito*. Belo Horizonte, Imprensa, 16.04.2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/redetjmg/mural/imprensa/noticias/juiz-nega-gratuidade-a-necessitado-que-gasta-muito.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

¹⁶ TJMG – Apelação Cível 1.0105.08.258844-0/002, Relator(a): Des.(a) Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 20/09/2011, publicação da súmula em 30/09/2011.

fazendeiro, empresário, executivo e proprietário de diversos bens móveis e imóveis, cuja renda mensal líquida superava fácil a casa das três dezenas de milhares.

Enfim, a falta de um regramento uniforme e objetivo para disciplinar a concessão da gratuidade judiciária, de preferência com base em critérios conjugados de renda e patrimônio, pode resultar em insegurança jurídica, gerada por meras convicções pessoais do julgador, desprovidas de amparo em princípios constitucionais ou na própria lei, como registrou Costa (2006), *in verbis*:

Diante dessa ideologia pós-positivista e niilista, o problema da normatividade se dissolve num jogo de azar, como o ‘takará’ do anedotário. Segundo conta o vulgo, um amigo chamou um outro para jogar com aquelas cartas de naipes diferentes, cuja regra era justamente não ter regras. O primeiro amigo, diante da estupefação do outro, iniciou a partida, dividindo o baralho em dois montes, distribuindo nove cartas diferentes para cada jogador e tirando de um dos montes a sua primeira carta. Em seguida, descartou uma outra. Sem conhecer os naipes e as regras, o outro amigo procedeu da mesma forma. Após três ou quatro descartes, o primeiro amigo baixou todas as cartas em suas mãos e gritou: ‘Bati. Takará!’. Surpreso e sem entender o porquê do resultado, o outro amigo continuou jogando e vendo as sucessivas vitórias daquele que o havia convidado para o jogo. Cansado de perder, imaginou que a única regra válida para a aquele jogo seria a vitória de quem primeiro gritasse que havia vencido. E assim procedeu. Antes que o primeiro amigo batesse, ele se antecipou e gritou: ‘Bati. Takará!’. O seu amigo, porém, não se comoveu. Imediatamente deu a resposta: ‘Não, senhor. Eu bati. Olhe aqui: takará duplo!’. E jogou suas estranhas cartas sobre a mesa.

Quando as regras são criadas pelas razões superiores do aplicador, fundadas em suas conexões axiológicas e em seu ponto de vista, não há como se construir um sistema jurídico com um mínimo de segurança para os seus destinatários. O direito passa a ser área afeta aos adivinhos ou profetas, ou então um assustador jogo de Takará. Sem um mínimo de sentido comum à comunidade do discurso, vivido atematicamente no plano da ação comunicativa, não há como se construir um discurso prescritivo vivenciado simbolicamente como objetivação social que qualifica juridicamente o fático.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *uso regular da justiça gratuita* merece todo o respaldo do Poder Judiciário, mediante a adoção de uma política pública institucional de caráter nacional, *inclusive em nível orçamentário*, para atender, quantitativa e qualitativamente, às variadas necessidades do expressivo número de jurisdicionados hipossuficientes, em razão das profundas desigualdades sociais existentes no Brasil.

Certamente, a médio prazo, a tendência será de aperfeiçoamento do sistema, de forma a dar maior amplitude ao *direito fundamental do acesso à justiça*, aperfeiçoar a segurança jurídica e conferir maior efetividade às decisões judiciais.

De modo diverso, o *uso abusivo da justiça gratuita* merece ser veementemente reprimido, com todo o rigor da lei, porquanto a cada porta que é aberta indevidamente para quem não faz jus ao benefício, outra se fecha para o verdadeiramente necessitado, porque os *recursos orçamentários*, humanos e estruturais, para absorver a cultura do demandismo judicial desenfreado em tempos de crise econômica, são limitados e esgotáveis.

Sabe-se que, a par disso, o porvir reclama outras estratégias inovadoras, como a abolição dos recursos meramente protelatórios, especialmente de figuras inexplicáveis como os “*embargos infringentes*” que, ao invés de terem sido levados à extinção pura e simples, foram alçados pelo NCPC à categoria de recurso automático, rebatizado por processualistas com o pomposo nome de “*incidente de ampliação da colegialidade*” ou “*incidente da colegialidade qualificada*” e jocosamente apelidado de “*incidente de embarguinhos*”, além da redução da injustificável inflação normativa brasileira e do atraso gerencial em todos os poderes, bem como um maior rigor no exame dos elementos informativos do interesse processual para ingressar na via judicial, e, sobretudo, de criar a cultura da conciliação na sociedade brasileira, em âmbito nacional, com a finalidade de aperfeiçoar o planejamento estratégico e garantir o cumprimento da execução orçamentária anual dos tribunais.

Definitivamente, pois, resta manifesto que a postulação e o deferimento indiscriminado da justiça gratuita, em vez de ampliar, causa sérios embaraços ao direito de ação dos hipossuficientes, porquanto o amplo acesso à justiça não impõe como pré-requisito a gratuidade

universal do processo judicial, mas o acesso à ordem jurídica justa, mediante regras preddefinidas para disciplinar a concessão do benefício, de preferência com base em critérios conjugados de renda e patrimônio.

É bom deixar claro que a indispensável adoção de critérios objetivos e mais rígidos jamais pode perder de vista a perspectiva citada por Pedroso (2011, p. 1/2) de que:

Em termos amplos, [...] como defende Jacques Faget (1995), [...] o direito de acesso ao direito significa, num plano simbólico, a conquista da cidadania, o acesso ao estatuto de sujeito de direito e de direitos e, num plano instrumental, o acesso à informação sobre o direito e a capacidade de efetivação dos direitos, seja ofensivamente (*mettre en oeuvre un droit*), seja defensivamente (*faire respecter son droit*). Considerado em termos mais restritos, o acesso ao direito e à justiça representa os meios pelos quais os indivíduos conseguem aceder à informação jurídica e aos serviços jurídicos e resolver os conflitos em que são interessados, incluindo, assim, o acesso aos tribunais, à informação e consulta jurídica e aos mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios (Barendrecht e Maurits, 2006). O acesso à justiça e ao sistema de justiça como um todo são, pois, matérias fundamentais para a vida em sociedade, daí que vários autores considerem que o objetivo principal de um regime de acesso à justiça deva ser o de assegurar que todos os cidadãos consigam efetivar os seus direitos ao mais baixo custo, não só em termos de custos de litigação, mas também em termos de custos sociais (Evans, 1997).

Isso significa dizer que a gratuidade da justiça deve ser concedida para quem, de fato, precisa do benefício, sob pena de se abrir exageradamente a porta de entrada do Poder Judiciário e, no fim, se tornar extremamente complicado de encontrar a saída, a tempo e modo devidos, por causa da sobrecarga de processos e escassez de recursos humanos, estruturais e orçamentários.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Painei “O Direito e a transformação social”. In: XXII Congresso Brasileiro de Magistrados. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Rio Quente-GO, 30 out. 2015. Disponivel em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/30/mensalao-e-petrolao-tornam-herois-juizes-que-sairam-do-padrao-diz-barroso.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. CNJ. *Justiça em números*. Disponivel em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 out. 1988.

_____. Lei não 1.060, de 05/02/1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 13 fev. 1950.

_____. Lei não 13.105, de 16/03/2015. Institui o Código de Processo Civil (NCPC). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 17 mar. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduao: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COSTA, Adriano Soares da. Breves notas sobre o quinquidio decadencial das representaoes do art. 96 da Lei Eleitoral. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1021, 18 abr. 2006. Disponivel em: <<https://jus.com.br/artigos/8259/breves-notas-sobre-o-quinquidiodecadencial-das-representacoes-do-art-96-da-lei-eleitoral>>. Acesso em: 6 abr. 2009.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Acesso à justiça e carência econômica*. Dissertaao de Mestrado em Direito Processual Civil. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponivel em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/pt-br.php>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ECONOMIST. “The End of the Feast”, July, 27, 1996. In: The Economist online, Londres, 27 Jul. 1996. Disponivel em: <<http://www.economist.com/>>. Acesso em: 29 dez. 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: 1821. *Princípios da Filosofia do Direito*. Traduao: Orlando Vitorino. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ISAIA, C.; LANGNER, A. Desafios do Direito Processual Civil na era do processo judicial eletrônico e no contexto dos novos direitos. In: Silva, R. (Org.). O Poder Judiciário na sociedade em rede. Jurisdicao, informaao e transparência. Curitiba: Multimédia Editora, 2015, p.177-198.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. Ano 59, nº 184. Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, jan./mar. 2008. Trimestral. ISSN 0447-1768.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDROSO, João António Fernandes. *Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*. Dissertação de Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/Tese_Joao%20Pedroso.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

RUSCHEL, A.; LAZZARI, J.; ROVER, A. O Processo Judicial Eletrônico no Brasil: Uma visão geral. In: COELHO, M.; ALLEMAND, L. (Orgs.). *Processo Judicial Eletrônico*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2014, p.13-28.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Recebido em 5/4/17

Aprovado em 5/6/17

8

A MULHER MILITAR E SUA INTEGRAÇÃO NAS FORÇAS ARMADAS (THE MILITARY WOMAN AND HER INTEGRATION INTO THE ARMED FORCES)

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha¹

RESUMO

O presente artigo analisa a participação das mulheres nas Forças Armadas e sua efetiva integração sob o viés jurídico-sociológico, destacando-se, em especial, as Forças Armadas Brasileiras. Ao longo do texto discute-se a necessidade da adoção por parte dos Estados de medidas afirmativas com vistas à efetiva igualação de oportunidades na ascensão da carreira para os militares de ambos os sexos.

ABSTRACT

This article examines the participation of women in the Armed Forces and their effective integration, from a legal and sociological point of view, and particularly in the Brazilian Armed Forces. Throughout the text, it is discussed the need of adoption of affirmative

¹ Ministra do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *honoris causa* pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica de Lisboa – Portugal. Professora Universitária. Autora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior.

measures by the states, with a view to the effective equalization of career advancement opportunities for military personnel of both sexes.

SUMÁRIO: Introdução; As forças armadas e o homem guerreiro; A integração da mulher nas forças armadas brasileiras; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A evolução histórica sobre a participação das mulheres nas Forças Armadas sofreu no início da década de 70 do século XX uma profunda transformação. Antecedida pela participação feminina na economia formal durante a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais;² pela adoção de um novo modelo de participação social e de políticas públicas, pela inserção feminina no mercado de trabalho e pela pressão democrática em favor de valores igualitários e equidade de gênero, restaram alterados os arquétipos militares.

Efetivamente, no âmbito dos Tratados e Acordos internacionais inexistiam, desde então, dúvidas sobre a possibilidade do ingresso feminino em todas as funções militares, inclusive, a de combate, tal como previsto na Carta das Nações Unidas de 1945, que proclama enfaticamente a igualação entre homens e mulheres; a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 – art. 21, parágrafo 2º,³ – e a Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres das Nações Unidas, datada de 1953, que em observância à Declaração de 1948, dispõe enfaticamente no art.3º que “as mulheres terão direito de assumir cargos públicos e de exercer as funções públicas em condições de igualdade com os homens, sem discriminação alguma.”

Para corroborá-las, os Protocolos Adicionais de junho de 1977 às Convenções de Genebra (1949), estatuem nos artigos 43 e 44 do

² Uma descrição minuciosa sobre a mulher em combate no Primeiro e Segundo Conflitos Mundiais está em CAIRE, Raymond. *A Mulher Militar. Das origens aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 2002, pp. 55-151.

³ *Verbis*: “Todas as pessoas têm direito de acesso às condições de igualdade nas funções públicas de seu país.”

primeiro Protocolo, terem as mulheres acesso ao estatuto de combatente, podendo portar armas.⁴

Porém, para dar eficácia à normatividade externa, mister que as legislações nacionais a concretize. A questão dialoga, portanto, com as políticas públicas de gênero adotadas pelos Estados e não com critérios de expertise ou competência bélica, porquanto são as positivities domésticas que entrincheiram a mulher militar em postos secundários ou não; experiência que diferenciou a Rússia⁵ dos Estados Unidos na II Grande Guerra, ou, o Vietnã, que contou em sua luta com a participação feminina na missão do infante, desempenhada com maestria.

A abertura das Forças Armadas às mulheres deveu-se a uma conjunção de acontecimentos: a crise de recrutamento vivenciada pelos principais Exércitos do mundo; a supressão da conscrição obrigatória; a remuneração dos soldos sempre abaixo dos salários oferecidos pela iniciativa privada e pelos demais órgãos públicos de natureza civil, condicionantes que levaram a adoção do “*open door*” que, longe de ter sido desinteressado, nasceu da necessidade do aparelhamento de recursos humanos para salvaguardar a soberania dos Estados.⁶

⁴ Consequentemente, em caso de captura com armas na mão, serão consideradas prisioneiras de guerra.

⁵ No tocante a participação bélica das mulheres russas, pontua Raymond Caire que “a sabedoria de Lenin revelou-se no entendimento de que o êxito da Revolução passava pela emancipação das mulheres. Dessa maneira, ele evitou o obstáculo criado na Revolução Francesa, onde o antifeminismo marcante desviou as mulheres das idéias novas. [...]”. Op. cit., p. 55.

⁶ Mais, “a integração feminina aconteceu, em geral, em contextos de carência de efectivos, presente ou antecipada, pela necessidade de alargar a base social de recrutamento e ‘libertar’ os homens para a primeira linha. As mulheres constituíram uma reserva de força laboral que as Forças Armadas tiveram de mobilizar no sentido de enfrentar carências de pessoal qualificado no mercado de trabalho. Este foi especificamente o caso dos Estados Unidos, onde o fim da conscrição e a constituição de uma força exclusivamente voluntária suscitou preocupações relativamente à capacidade de atingir os objetivos de recrutamento. [...] Abrir as fileiras às mulheres representou, pois, um aumento dos recursos disponíveis, mas também a possibilidade de recrutar pessoal qualificado com menores custos. [...]” CARREIRAS, Helena. *Mulheres em Armas. A participação militar feminina na Europa do Sul*. Lisboa: Edições Cosmos. Instituto da Defesa Nacional, 2002, p.40.

Agreguem-se as inovações tecnológicas; a inversão da *ratio* entre funções de apoio e de combate; a fragmentação e a especialização ocupacional; o fim dos exércitos de massa; o alistamento voluntário; a profissionalização; a redução dos contingentes e a mutação das relações de forças no plano internacional a demandarem pessoas qualificadas para a defesa nacional.

Fato é que, desde a Revolução Francesa e as demais Revoluções nacionais do século XIX, o serviço militar funcionou como um relevante fator de inclusão na comunidade política, emergindo como marca de cidadania, e esta, como marca da democracia.⁷

Impedidas de participar da construção da estatalidade, às mulheres foram negados a conscrição e o sufrágio; “uma exclusão reveladora da forma assimétrica de como os homens adiantaram-se, historicamente, na obtenção do status de cidadão”, à semelhança do ocorrido com os afroamericanos durante os conflitos mundiais nos Estados Unidos.⁸

Aliás, este exemplo é frequentemente invocado em paralelo à exclusão da mulher, por retratar o embate dos negros nas Forças Armadas Norte-Americanas, segregados racialmente em unidades de combate comandada por brancos, ou mesmo, impedidos de lutar.⁹

Hodiernamente, a despeito da crescente equalização estatutária entre militares dos dois sexos, acentuada pela intervenção externa de tribunais civis, nacionais ou supranacionais que impõem a não discriminação, certo é que em quase todos os países nos quais as mulheres participam militarmente, é-lhes vedado o acesso a um conjunto de posições e especialidades. Tais restrições retratam as enormes desigualdades que confinam a presença feminina na caserna a uma condição simbólica em termos de poder e identidade, excluídas que são dos núcleos centrais que constituem a essência do espírito militar.

Nem sempre apreciadas e muitas vezes objeto de resistência explícita, a dinâmica sociológica que confronta as mulheres são “as políticas oficiais versus práticas informais; os discursos dominantes e

⁷ CARREIRAS, Helena. Op. cit., p. 25.

⁸ *Id.*, p. 26.

⁹ *Id.*, p.27.

identidades hegemônicas versus; discursos marginais e identidades dependentes.”¹⁰

Confronta-as, outrossim, a ausência do olhar institucional acerca da diversidade que impõe o dualismo das polaridades nas relações de gênero. A sequela explícita e potencializa as clivagens de poder, oportunidades e escolhas possíveis em desfavor do sexo feminino.

AS FORÇAS ARMADAS E O HOMEM GUERREIRO

A instituição castrense durante séculos, e ainda hoje, representa um referencial de masculinidade. “Nesse sentido, a cultura militar não só se estrutura em modelos cognitivos de gênero, como confere e define identidades sexuais.”¹¹

“Tradicionalmente, o serviço militar, sobretudo na modalidade da conscrição obrigatória, funcionou e funciona como um rito de passagem para idade adulta dos homens e, também, como uma marca de diferenciação entre o masculino e o feminino. [...] A equação do homem-guerreiro é operacionalizada por meio de parâmetros físicos onde o ideal de virilidade assume enorme relevância.”¹² O fato de a guerra ter contado, quase que exclusivamente com homens, é a evidência empírica dessa ligação. O mundo do soldado é caracterizado por estereótipos de masculinidade, projetados como medida de competência, armadura de luta e protótipo de heroísmo.¹³ Decorrentemente, a dificuldade de conciliação entre as pertencas definidoras dos papéis adequados entre seres humanos comprometem a integração feminina em todas as Forças Singulares.

Argumentos desqualificadores que articulam com aspectos anômicos e psicológicos, dentre outros, tem sido comumente utilizados para acentuar falsas incapacidades, tais como: pouca força física, gravidez, emoção exacerbada, *et caterva*.¹⁴

¹⁰ *Id.*, p. 14.

¹¹ *Id.*, p. 35.

¹² *Id.*, p.34-35.

¹³ *Id.*, p. 35.

¹⁴ “Quatro tipos de argumentos têm sido utilizados e confrontados em cada um dos pólos do debate “direitos **versus** prontidão”. Um primeiro conjunto de argumentos relaciona-se com as características individuais das mulheres, os seus

Nesse ponto, a coesão, comumente utilizada para reforçar a dinâmica da marginalização e a exclusão feminina à determinados postos e funções nas Forças Armadas, em especial, a de combatente, merece especial enfoque.

Inicialmente, cumpre definir seu conceito, para, *a posteriori*, trazer à balha as significativas alterações descritas ou medidas ao longo do tempo pelos cientistas sociais e comportamentais, bem como, pelos investigadores militares.

Define-a John H. Jones como: “a argamassa que une os membros de uma unidade ou organização de modo a manter as suas vontades, o comprometimento de uns com os outros, a unidade e a missão”.¹⁵

Consigne-se não deixar clara a doutrina científica ser a coesão uma construção unitária. Sua dimensão abarca a coesão social e a coesão da missão.

A coesão social refere-se à natureza e à qualidade dos vínculos afetivos de amizade, simpatia e proximidade entre os membros do grupo. O grupo apresenta alta coesão social na medida em que seus componentes preferem usufruir o tempo social em conjunto, desfrutando a companhia um do outro.¹⁶

A coesão da missão centra-se no compromisso compartilhado entre os colegas de farda cujo desiderato é alcançar o objetivo que

corpos e traços psicológicos, os quais supostamente as tornariam piores combatentes (força física, menstruação, gravidez, emocionalidade, capacidade de operar sob *stress*, etc). Em segundo lugar, surgem questões relacionadas com o efeito da presença feminina sobre a coesão e moral das unidades militares (efeito de processos de interação sobre desempenhos, impacto sobre a solidariedade masculina); em terceiro lugar, destacam-se argumentos concernentes à relação custo-eficácia (atrição, perda de tempo de serviço, custos de seleção de pessoal); e finalmente, são ainda frequentemente ventiladas as consequências da participação militar feminina em termos de valores sociais e culturais (preservação de ideias de gênero, opinião pública, percepção das forças militares por parte de aliados e potenciais adversários.” CARREIRAS, Helena. *Mulheres em Armas*, *Op. cit.*, p. 58.

¹⁵ JOHNS, John H. *et al. Cohesion in the U.S Military: Defense Management Study Group on Military Cohesion*. Washington: National Defense University Press, 1984, p.4.

¹⁶ BARNES II, John L. *Don't Ask, Don't Tell: a costly and wasteful choice*. Tese de Mestrado. Monterey: California. Naval Postgraduate School, 2004, p.14.

requer o esforço coletivo. A coesão da missão mostra-se elevada quando os integrantes que partilham a mesma meta encontram-se motivados para, coordenando esforços conjuntos, atingi-la.¹⁷

Recentes avaliações sobre a relação coesão-desempenho escrutinam a existência de uma fraca relação positiva entre ambos, destacando os elevados níveis de coordenação, a comunicação e o monitoramento como fatores decisivos para a melhor atuação em conjunto. Tais análises revelam, por oportuno, que é a coesão de missão a relacionada ao sucesso, e não, a social.

Estudos realizados por Edward Shils e Morris Janowitz,¹⁸ em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial, analisaram o comportamento do soldado alemão no conflito, concluindo que a solidariedade com os camaradas, e não a crença na causa, foi a motivação para a continuidade da luta, a despeito do indicativo da derrota. Samuel Stouffer¹⁹ chegou a idêntica conclusão avaliando os soldados americanos. Ocorre que, posteriormente reavaliados pela Ciência Social, ditas análises revelaram premissas inexatas. No caso dos soldados alemães, por exemplo, verificou-se que a taxa média de baixas no final da guerra era de 98%, razão pela qual havia reposições de homens continuamente, o que impediria um conhecimento mais aprofundado entre os novos camaradas. Porém, as unidades continuaram combatendo com a mesma determinação. Logo, foi a coesão da missão que propiciou o prolongamento da luta por bom tempo.

Robert MacCoun,²⁰ em artigo datado de 1993 e intitulado *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence*, ao sopesar a coesão e o desempenho de militares e civis concluiu ser a coesão social que impulsiona, muitas vezes, o fraco desempenho do grupo. Ressaltou que, quando a coesão social é muito elevada as consequências podem ser deletérias devido ao excesso de socialização ocasionando, inclusive, a insubordinação e o motim.

¹⁷ *Id.* p.14.

¹⁸ *Id.* p.16.

¹⁹ *Id.*p.16.

²⁰ MacCOUN, Robert. *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence*. In: *Sexual Orientation and U.S Military Personnel Policy: Options and Assessment*. Califórnia: RAND. 1993, p. 518.

MacCoun, analisando a discriminação de outro grupo minoritário no seio das Forças Armadas – os homossexuais –, pontuou que o impacto da inclusão de gays poderia, até, reduzir a coesão social em algumas unidades, contudo, se lhe afigurou improvável o mesmo efeito sobre a coesão da missão. Sua pesquisa indica ser desnecessário nutrir simpatia por alguém para se trabalhar com ele, bem como para a prevalência do compartilhamento de compromissos e objetivos comuns. Na hipótese de redução da coesão social, provavelmente ela acarretará um grau de ostracismo do grupo minoritário; nunca, o colapso total da unidade. Ademais, as resistências de recusa à cooperação poderão ser desencorajadas diante do trabalho em equipe, de uma liderança eficaz, de normas, ordens e regulamentos militares, das opções disciplinares, das ameaças externas e do enfrentamento dos desafios. Dito de outra forma, vários fatores contribuem para a promoção da coesão e do incremento do desempenho, mesmo em face de hostilidades. A investigação que pode exemplarmente nortear as estigmatizações de gênero, sugere que os líderes exercem papel importante na promoção e na manutenção da unidade e, tal fator, associado à normatividade legal e disciplinar, eleva a probabilidade do trabalho cooperativo. Por último, as ameaças externas reforçam tanto a coesão social, quanto a da missão, vez que os membros do grupo se vêm todos ameaçados, fazendo-se necessária a ação coletiva para eliminar o perigo.

Aliada a tais colocações, somem-se exigências outras colocadas pelas FFAA, designadamente, a acentuada mobilidade geográfica; a separação periódica da família em virtude dos treinos, os exercícios ou embarques; a instabilidade de horários; a possível residência no estrangeiro ou mesmo o risco de ferimento e morte, a colidirem com as solicitações da vida familiar impostas às mulheres, a tornar, em tese, mais complexa e conflituosa a arbitragem entre os sexos.

Sem embargo, soluções equilibradas e realistas podem ser implementadas a exemplo do Exército Israelense que adotou “horários personalizados” para as mulheres casadas, contanto que o rendimento não seja afetado. O trabalho temporário e de tempo parcial, igualmente, são respostas viáveis enquanto os filhos forem pequenos.

No tocante a participação feminina nas manobras e exercícios, poder-se-ia adaptá-las à capacidade física e a anatomia da mulher.

Nos Estados Unidos foram estabelecidas categorias que levam em conta a idade, a força, o peso e a finalidade da presença feminina para aprimorar a integração.

Há mais. O direito à formação há de ser idêntico para ambos os sexos, sobretudo, nas Escolas de Especialização e Academias Militares, de modo que as mulheres se preparem, tal qual os homens, e neutralizem as desvantagens históricas e os obstáculos à elas interpostos para o recrutamento superior; claro, sem olvidar as dificuldades enfrentadas pelas mães, as interrupções laborais devido as gestações e a educação dos filhos de menoridade.

Estágios de reciclagem periódicos ou de formação acelerada nos cursos da carreira contornariam o retardo oriundo das ausências forçadas. A partir do momento em que mulheres casadas e mães são mantidas nas Forças Armadas, é necessário que se encontre soluções compatíveis com a sua situação.

Outro ponto concerne à equivalência de oportunidades, a traduzir-se na possibilidade de ascensão plena na carreira, dificuldades reais e cotidianas com as quais se defrontam as mulheres militares. Ora, a designação ao posto e a promoção hão de ser norteadas pela competência, e não, pelo sexo. E aqui se inclui poderem ser elas designadas para o combate.

A evolução das técnicas de guerra, suas formas tecnológicas ou revolucionárias, o terrorismo em todas as suas versões, dentre outros flagelos que assolam a humanidade impõem a participação de homens e mulheres no esforço conjunto da Nação. Se as mulheres forem excluídas, *a priori*, do combate, isso significa o desaparecimento de um soldado virtual para cada posto por elas ocupado. A questão deve centrar-se, pois, na aptidão e capacidade. Impreciso e errôneo supor que as operações militares funcionam hoje com base nos modelos atávicos de luta. Atualmente, a gestão da violência legítima conta com técnicas burocrático-rationais de organização, e não com “rambos”.

Assim, a inversão da lógica casuísta que norteia o delineamento da integração militar feminina nas FFAA apontam para cinco vetores políticos fundamentais; como pontua com propriedade Helena Carreiras.

O primeiro: “a liderança. A qualidade da liderança tem sido considerada um dos fatores mais importantes para a coesão das unidades

militares em circunstâncias de mudança na sua composição social. No caso da diversidade de gênero, vários são os Estados que promovem formação específica ou em módulos integrados nos cursos já existentes para todos aqueles que ocupam posição de comando. Nessa seara, o Canadá constitui um dos mais expressivos modelos. Está em causa a preparação dos futuros líderes para gerir a alteridade e a diferença, razão pela qual se deve dotá-los dos conhecimentos necessários para induzir mudanças de atitudes, comportamentos e mentalidades no interior da corporação.”²¹

O segundo vetor diz respeito aos equipamentos e processos de trabalho. “O ajustamento dos equipamentos aos seus novos utilizadores – as mulheres –, a adaptação ergonômica do armamento e material bélico, bem assim a reorganização de processos de trabalho é uma medida surpreendentemente simples, mormente, quando se pode lançar mão de experiências bem sucedidas como a da Holanda, que promoveu um programa dos mais eficientes na adaptação das mulheres a um conjunto alargado de tarefas militares.”²²

O terceiro ponto, de extremo relevo, é a conciliação entre a família e a profissão, uma vez que ambas as instituições demandam extrema dedicação, disponibilidade e lealdade. Ora, não se pode condenar a mulher militar à infertilidade e ao celibato, para que ela galgue postos e patentes, daí porque as Forças Armadas não podem ignorar a peculiar condição feminina. O desenvolvimento de políticas específicas como o apoio familiar expandido à infância dos filhos, o respeito à maternidade, a gestão articulada de colocações no caso de cônjuges militares, favorecem o abrandamento dessa tensão tradicional que, de resto, angustia todas as mães inseridas no mercado de trabalho.²³

O quarto fator, refere-se à convivência e às relações inter-sexo. Muitas condutas designadas como impróprias e crimes como o assédio sexual e as violações, representam problemas concretos, como ocorre atualmente nos Estados Unidos da América, onde 90% dos processos nos tribunais militares referem-se ao último e terrível

²¹ CARREIRAS, Helena. Op. cit., p. 173.

²² *Id.*, p. 173.

²³ *Id.*, p. 173.

agravo, perpetrado contra homens, e mulheres majoritariamente.²⁴ Além da punição judicial rigorosa, bastante óbvia, faria sentido, dada a ausência de canais institucionalizados, que se criassem meios de comunicação, com a garantia de confidencialidade, onde as vítimas ameaçadas e discriminadas fizessem chegar aos comandos tais abusos para se tentar evitá-los.²⁵

A quinta e última ponderação acena para programas de monitorização e acompanhamento de práticas de recrutamento para a colocação e progressão da mulher na carreira das Armas. O objetivo seria avaliar determinantes como o estímulo e a permanência feminina nos quartéis, com vistas a garantir a equidade e o respeito a diferença, consagrados, literal e principiologicamente, em todas as Constituições liberais dos Estados Democráticos.²⁶

Indiscutivelmente o soldado moderno não é mais um mero aplicador da violência, seu papel transmutou-se diante do novo conceito de guerra. A cultura militar não mais pode ignorar a existência de segmentos diferenciados marcados por formas de pertencimento e de adstrição de identidade legítimas e revestidas de caráter de fundamentalidade. As mulheres não minam a disciplina, a coesão e o moral da tropa, ao revés, trabalham eficiente e eficazmente em conjunto.²⁷

²⁴ Os terríveis acontecimentos registrados nos Estados Unidos como o “escândalo de Tailhook” que retrataram a violação coletiva de mulheres da Marinha Americana pelos seus colegas durante uma convenção naval em Las Vegas em 1991, crimes repetidos em um treinamento do Exército em Aberdeen, descortinam como o processo de integração claudica em um Estado que registrava a época dos fatos, mais de três décadas do ingresso feminino nas Forças Armadas.

²⁵ CARREIRAS, Helena. Op. cit., p. 173.

²⁶ *Id.*, p. 173.

²⁷ A propósito, pondera Maria Celina D’Araujo:

“(…) No que toca às relações de gênero, acompanhando o que já se verifica em vários países do hemisfério Norte, leis de pederastia e sodomia passam a ser questionadas, a união civil entre homossexuais entra na agenda política e as constituições começam a afirmar a igualdade de direitos entre os sexos.

A incorporação de mulheres e homossexuais às Forças Armadas só pode ser devidamente considerada quando as sociedades estabelecem para si que, liberdade de escolha e direitos iguais para todos, são parte inviolável da soberania

Por isso, necessária a adoção de medidas proativas. As ações positivas ou afirmativas, princípio constitucional da isonomia, refletem a mudança de postura do Poder Público que em nome de uma suposta neutralidade aplicava suas políticas públicas indistintamente, ignorando a importância de fatores como gênero, etnia e orientação sexual para citar alguns exemplos. Ao invés de concebê-las genericamente, levam em conta as especificidades das minorias, a fim de evitar que a discriminação e o alijamento, que inegavelmente têm um fundo histórico e cultural e não raro se subtraem do enquadramento das categorias jurídicas clássicas, findem por perpetuar as iniquidades sociais.

A intervenção estatal, em contraposição ao absentismo, reveste-se de função pedagógica porque não só coíbe a hierarquização entre indivíduos e promove a equalização das oportunidades, como serve

individual, ou seja, quando os princípios de igualdade e democracia se tornarem a gramática da política. (...)

Vários países já adotaram a incorporação de mulheres e homossexuais às Forças Armadas. Essa incorporação corresponde, na pós-modernidade, ao processo de democratização das sociedades e à expansão dos direitos de igualdade entre etnias, crenças, sexos e gêneros. As Forças Armadas não são instituições isoladas da sociedade e estão intrinsecamente conectadas ao processo social e ao projeto que cada sociedade estabelece para si em termos de defesa e de construção de direitos de cidadania e de soberania. A partir disso, pode-se sustentar que tal incorporação é fato importante na definição das relações civis-militares. Isto porque, em princípio, se um país estabelece o alinhamento das Forças Armadas ao poder civil democrático, as Forças Armadas devem expressar o perfil da sociedade à qual servem e obedecem.

Estas mudanças não significam, no entanto, transformações substantivas nos critérios de ação interna e de organização da instituição militar. Os princípios que tradicionalmente regem as Forças Armadas são basicamente os da disciplina e da hierarquia. E, ao que tudo indica, assim continuará sendo na pós-modernidade.

(...) pesquisas igualmente rigorosas para aferir o impacto da incorporação de mulheres, gays e lésbicas já vêm sendo desenvolvidas na Europa e nos Estados Unidos. Os resultados são surpreendentes e em geral mostram que a integração tem se dado sem qualquer aspecto negativo para o conjunto das Forças Armadas, não interfere em assuntos de defesa e ameniza o assédio sexual a mulheres e homens. (...)

Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas Brasileiras. *In: Painel - Women in the Armed Forces I. Research and Education in Defense and Security Studies*. Chile, 2003.

de modelo ao setor privado para que adote iniciativas semelhantes. Longe de refletir um caráter assistencialista, reflete um ideário cívico que propõe romper estigmatizações odiosas, caracterizando-se como uma conquista civilizatória.

A diversidade de perfis humanos na carreira das Armas é proveitosa e enriquecedora porque, se por um lado altera comportamentos tradicionais e coloca novos desafios à formação do “soldado profissional”, por outro, preserva o *ethos* da instituição castrense, cuja missão cívica e institucional é moldar seres humanos e prepará-los para defender a Pátria. E aí reside a grandeza histórica do ingresso das mulheres nas fileiras das Forças Armadas, porque simboliza o reconhecimento de que a defesa da Pátria é dever de todos os cidadãos.

Por certo, grupos socialmente homogêneos não são mais eficientes do que grupos heterogêneos, segundo noticiam análises teóricas e estatísticas. A discriminação, sim, é perniciosa e disfuncional para a estabilidade do contingente e para a realização de tarefas coletivas, minando, por conseguinte, a coesão, a eficiência e o desempenho da missão.

Do ponto de vista da definição de políticas de comando, “gerir a diversidade”, mais do que assegurar a homogeneidade, constitui o grande desafio posto aos comandantes das Forças na gestão de pessoal nesta contemporaneidade.

A INTEGRAÇÃO DA MULHER NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS

Em sintético retrocesso histórico, quando o Brasil declarou guerra aos países do Eixo em 1942, fez-se necessário organizar a Força Expedicionária Brasileira, conhecida como FEB, para lutar nos campos de batalha. Naquela época, as Forças Armadas, sequer, contavam com enfermeiras em seus quadros, sendo elas urgentemente recrutadas e tendo recebido treinamento militar para que pudessem acompanhar as tropas.

Sessenta e sete mulheres partiram em julho de 1944, com destino aos Estados Unidos, antes de seguirem em direção à Itália. Lá chegando, em outubro de 1944, retornaram ao Brasil em julho de 1945, quando o grupo foi desmobilizado.

Somente após a guerra foram elas consideradas como integrantes da FEB, passando a adquirir os direitos deferidos aos combatentes.

A Marinha foi a primeira Força a incorporar mulheres em seus contingentes, especificamente, no Corpo Auxiliar Feminino, no início dos anos 80. Porém, o fez de forma restrita, limitando o seu acesso às funções administrativas, sem deslocá-las para o combate ou autorizá-las a cursarem a Escola Naval, ainda hoje vedado. Suas primeiras integrantes ingressaram sob o pálio da Lei nº 4.375/64, que regulava o Serviço Militar. Em 1998 a Marinha promoveria uma reestruturação de seus quadros e extingiria o Corpo Auxiliar Feminino, reintegrando seus membros de acordo com a especialidade nos diversos corpos. Sem dúvida uma vitória!

Foi a Força Naval, por igual, a primeira a promover ao cargo de oficial-general uma Contra-Almirante – médica do Corpo de Saúde – em novembro de 2012. O quadro a que ela pertence, contudo, não lhe possibilita a ascensão à patente de Almirante de Esquadra, a mais elevada, de modo que não será possível a ela ou a qualquer outra oficial do sexo feminino ascender à General de quatro estrelas.

A Aeronáutica, por seu turno, admitiu o ingresso feminino em 1982 e, desde 2004, a Academia da Força Aérea passou a oferecer às mulheres o curso de aviação. Na Aeronáutica, sim, a oficial do sexo feminino poderá ser promovida à patente de Tenente Brigadeiro do Ar; a saber, ao último posto do generalato.

Por último, o Exército criou o Quadro Complementar de Oficiais em 1990. Diferentemente da Marinha e da Aeronáutica, onde o corpo feminino concentrava-se num quadro à parte, o complementar do Exército era composto por homens e mulheres, com a finalidade de suprir as necessidades da Organização.

No ano de 1992 a Escola de Administração do Exército formou a primeira turma de 49 mulheres oficiais. Em 1997 o Instituto Militar de Engenharia matriculou as primeiras 10 mulheres, que seriam incluídas no Quadro de Engenheiros Militares. No mesmo ano, a Escola de Saúde do Exército matriculou e formou a primeira turma de oficiais médicas, dentistas, farmacêuticas e enfermeiras de nível superior. E em 2001 foi permitida a inscrição de mulheres no concurso para preenchimento de vagas no curso de Sargento de Saúde, que passou

a funcionar no ano seguinte. Nenhum desses cargos, contudo, possibilita -as a ascensão à patente de General de Exército, posto máximo da Força.

Felizmente, o cenário mudará em breve. Isso porque a Lei nº 12.705, de 2012, determinou o ingresso na linha militar bélica de ensino às candidatas do sexo feminino, viabilizado neste ano de 2017. A norma promoverá a alteração da atual condição da mulher no Exército. A razão é que, as cadetes oriundas da Academia Militar das Agulhas Negras, poderão ingressar nas Armas outrora a elas restrito e, conseqüentemente, disputar o último posto e patente da Arma, em igualdade de condições com os homens.

Incontestável a incorporação feminina nas Forças Armadas espelhar a equidade de gênero, que resulta na ampliação dos direitos civis e políticos na sociedade brasileira pós-moderna.

Daí, a relevância das políticas afirmativas adotadas pela Governança, sabido que a humanidade ainda vive confinada em lugares preestabelecidos na hierarquia social dos seres sexuados. E neste entrelaçamento do mundo natural com o mundo social, muitas vezes injusto e desigual, as mulheres apercebem-se daquilo que carecem e do que gostariam de ser.

A história do feminismo²⁸ possibilita reflexões sobre a construção coletiva da identidade da mulher apartada da cultura sexista e

²⁸ A historicidade do ideário de libertação feminista latino americana centrou-se na luta contra a subalternidade de gênero que permeou a década de 70 e o movimento social em construção dos anos 80, dando origem a uma nova ordem bissexuada e a uma interlocução das mulheres com os Estados e os organismos regionais e internacionais. GARGALLO, Francesca. *El Feminismo Múltiple: Prácticas e ideas feministas en América Latina*. In: *Perfiles del feminismo iberoamericano*. Buenos Aires: Catálogo, 2002, p. 103.

Definido pelas filósofas mexicanas Eli Bartra e Adriana Valdés, “o feminismo é a luta consciente e organizada das mulheres contra o sistema opressor e explorador, ele subverte todas as esferas possíveis, públicas e privadas, deste sistema que não é somente classista, mas também, sexista, racista, que explora e oprime de múltiplas maneiras todos os grupos fora das esferas de poder.” *A Natureza Feminina*. In: *Terceiro Colóquio Nacional de Filosofia*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1985, p. 129.

Na Ibero América, o movimento marcou formas de socialização diferenciadas e novos pactos culturais entre as mulheres, sem embargo da distinção existente entre a militância e a Academia.

Desde os seus primórdios, “o feminismo latino americano preocupou-se em definir limites indefiníveis: eram feministas as mulheres de organizações que se reuniam a margem do movimento popular urbano, dos sindicatos e das associações camponesas? Acusações mútuas foram lançadas por mulheres contra as mulheres que se negaram a considerar feministas aquelas que se organizaram em torno de valores familiares, a exemplo das mães dos desaparecidos políticos, ou daquelas que as consideraram parte de um movimento de mulheres que prejudicavam a radicalidade feminina.” GARGALLO, Francesca. Op. cit., p. 103.

Fato é que, o feminismo latino deve ser compreendido como um projeto político das mulheres e como movimento social, afinal não é por mero acaso certa fidelidade do movimento ao pensamento marxista sobre as classes sociais, para contextualizar o conflito das mulheres. A ideia de justiça social recorreu tanto a hermenêutica do direito, quanto à afirmação de um modo de pensar e de pensar-se partindo da moral sexo-social. Estava-se diante de uma indignação que atribuía à hegemonia masculina a dominação sobre as forças físicas, econômicas e intelectuais no todo social. *Id.*, p. 107.

Apráxis foi, portanto, uma alavanca, ao lado da teorização, pois, como definia Julieta Kirwood em 1987: “el feminismo es tanto el desarrollo de su teoría, como su práctica y deben interrelacionarse. Es imposible concebir un cuerpo de conocimientos que sea estrictamente no-práctico. El feminismo es, entonces, un conjunto de conocimientos (o intentos) de y desde las mujeres y comprometido con estas, junto con ser un cuerpo de entendimientos es acción transformadora del mundo.” *Feminarios*. Santiago de Chile: Documentas, 1987, p. 108.

A evolução das ideias feministas está ligada ao pensamento de suas autoras, mulheres que caminharam em revoluções, movimentos nacionalistas, ditaduras e formas de governo excludentes validadas por eleições que mantiveram a preponderância masculina. Neste contexto, o arcabouço teórico preservou sua autonomia em relação às ideologias partidárias, passando ao largo do próprio Estado. Imprescindível observar que os conceitos e categorias feministas europeias e norte-americanas influenciaram o pensamento latino. A militância no continente transitou e transita no sentido de uma luta emancipatória, seja pela afirmação da essencial diferença positiva das mulheres em relação ao mundo dos homens, seja pela a teoria dos gêneros. GARGALLO, Francesca. Op. cit., p. 109-110.

Conforme pontuou Francesca Gargallo, o feminismo latino americano edificou-se nas i) manifestações na Colômbia, em 1912, a favor dos direitos civis da mulher casada; ii) na demanda judicial, no Equador, em 1928, pela extensão dos direitos políticos; iii) na formação no Brasil, em 1880, das associações de mulheres abolicionistas, responsável pela publicação de um periódico francamente feminista, *A Família*, que propunha uma reforma, inclusive, na indumentária feminina; e iiiii) no Chile dos anos 60 com a luta das mulheres contra as distintas formas de opressão jurídica, econômica e política, enfatizando-se o surgimento, em 1952, da União das Mulheres do Chile e da eleição, em 1953, de Maria de la Cruz

como deputada por *Concepción*, com 51% dos votos pelo Partido Feminino Chileno, dentre outros exemplos que poderiam ser elencados. Op. cit., p.103-129.

Eram movimentos que reivindicavam transformações sociais e políticas tendentes a reverter a opressão e a exploração das mulheres, fundados no pressuposto da igualdade de direitos e num nacionalismo que evocava personagens de culturas pré-hispânicas, quer da época colonial, quer da luta pela independência, como paradigmas para valorização da figura feminina.

Os anos 70 marcaram a construção da mulher e a busca de valores humanísticos, o abandono das táticas explicativas e o fomento do reencontro das mulheres como sujeitos, senão de sua história, ao menos de sua rebelião e de seu processo de liberação.

“Desta forma, no México grupos de feministas de autonomia radical, assim como feministas incapazes de romper com a militância de esquerda, junto a feministas ligadas à academia, reuniram-se para discutir a politização da sexualidade e suas categorias conceituais. No Chile, a vitória eleitoral do projeto socialista de Allende e o posterior golpe de Estado, alijaram as mulheres de uma cultura especificamente feminina.” Contudo, “a participação de numerosas mulheres na Unidade Popular e, depois em 1973, na resistência do governo militar, levou as feministas chilenas a postularem a condição da mulher como um novo sujeito social. [...] Entre 1973 e 1976, organizações de mulheres protagonizaram um movimento de defesa da vida, de denúncia à repressão e de sobrevivência física e moral.

No Brasil, onde conviviam feministas liberais, de militância esquerdista, grupos populares de mulheres ligadas aos setores progressistas da Igreja Católica e grupos de feministas radicais, urbanas e cultas, foram deflagradas discussões partindo de uma fronteira absoluta entre a identidade política feminista e as práticas das mulheres não feministas.

Na Argentina, a participação das mulheres na guerrilha impossibilitou o surgimento de um feminismo auto-reflexivo, posto ter a militância desqualificado o debate acerca da liberação sexual como uma luta pequena burguesa, profundamente anti-revolucionária. Não obstante, a violência das torturas de natureza sexual durante a ditadura argentina contra as mulheres, levaram-nas a romper com a ideia de igualdade de gêneros na luta armada, obrigando-as a enfrentar a especificidade de sua condição na sociedade.

Na Nicarágua, a presença de 31% de mulheres nas fileiras do Exército Sandinista de Libertação Nacional, igualmente dificultou a existência de outras formas de encontro, contudo após a vitória sandinista sobre o regime de Somoza, o histórico revolucionário lhes ofereceu uma rica experiência de política emancipativa.

No Peru, Costa Rica, Colômbia e Venezuela apesar do enfrentamento de diversas situações políticas e econômicas, o feminismo radical se expressou por meio de grupos, uma vez que importantes segmentos de mulheres se reuniram para discutir as problemáticas de seus países e manifestar solidariedade às lutas femininas nos Estados em guerra ou sob o jugo de governos militares.”

patriarcal, possibilitando os humanos a imergirem em novas percepções sociais mais justas, legítimas e equânimes.

CONCLUSÃO

A misoginia e o sexismo no interior das Forças Armadas esbatem-se nos direitos civis e nas garantias individuais. Afastar ou limitar o acesso à ascensão profissional em virtude do sexo é promover a desigualação, quando é dever do Estado coibi-la. Tal postura resulta no agravamento de uma pretensa superposição natural e social entre os indivíduos, oriunda de injustificado preconceito.

Diversas são as formas de manifestação do preconceito coletivo consoante lição de Norberto Bobbio; ele se define como a discriminação de um grupo perante outros que, na maioria das vezes, constitui uma minoria. Sua exteriorização dá-se de maneiras diversas. Há o preconceito racial, o religioso, o cultural, o social, o de gênero, etc.²⁹ Os efeitos são nefastos, pois além dos sujeitos sociais estigmatizados serem afastados da fruição de determinados direitos, a marginalização

GARGALLO, Francesca. Op. cit., p. 116-117. Tradução livre.

Tal como explanado, a História das Mulheres na Iberoamerica transformou a História social em sua generalidade, num percurso particularíssimo e sinuoso de construção de identidades.

A respeito pondera María Julia Palacios: não fosse a História das Mulheres “de que outra maneira se entenderiam expressões como [...], superação da visão androcêntrica; explicitação dos mecanismos de reprodução do patriarcado; experiência coletiva das mulheres; questionamento de uma historiografia que desconhece a centralidade dos sujeitos nos processos históricos; negação do caráter fixo e permanente da oposição binária; historicização da diferença sexual; representação dos gêneros na sociedade; articulação das regras de relações sociais e constituição de significados da experiência; estudo da vida feminina integrada com demais temas históricos como o poder das ideias ou forças que governam as mudanças culturais e a elaboração de esquemas interpretativos que deem conta da complexidade das relações entre os sexos, das modificações do status das mulheres, dos avanços e retrocessos da História.” *Una Mirada Crítica sobre la Historia de las Mujeres. In: Perfiles del Feminismo Iberoamericano*. Op. cit., p. 300-301. Tradução livre.

²⁹ Nestes termos, o sexismo exterioriza-se em relação às mulheres, o anti-semitismo perante os judeus e a homofobia em face dos homossexuais, o racial frente os grupos étnicos, etc.

dá azo ao isolamento físico, obstaculizando sua completa integração na comunidade.³⁰

A principal consequência do preconceito de grupo é a discriminação. A etimologia do vocábulo remonta à campanha racial do nazifascismo perante os judeus, ciganos, homossexuais e minorias étnicas. A discriminação é mais forte do que a mera constatação da diferença por ser utilizada de maneira pejorativa e fundamentar-se em critérios moral e juridicamente ilegítimos, normalmente relacionados à ideia de superioridade entre os homens, ideias que ensejaram o surgimento e a manutenção da escravidão e do holocausto.

“Está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber tratamento isonômico e não o obtém, porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus (...)”.³¹ Nessa hipótese, viola-se diretamente a dignidade humana, vez negar-se fidedigno direito sob a alegação do grupo ou pessoa não serem merecedores; pior, por não se lhes reconhecerem, sequer, dita subjetividade. A discriminação começa quando os homens não se limitam apenas a constatar a diferença, mas a acrescentar valores que afirmem sua superioridade em relação ao outro. Nesse sentido, indaga Bobbio: “Inferior em relação a quê? Para dizer que um ser é superior a outros deve haver algum critério de valor. De onde deriva esse critério?”³² Nessa perspectiva, sob qual paradigma se funda o paradoxo da primazia do androcentrismo a ensejar a sua superiorização? Por que militares mulheres são soldados menos valorosos e sua presença na tropa representaria risco a coesão?

Ora, a tríade liberal fundada nos ideais da *liberdade, igualdade e fraternidade* rendeu ensejo às novas inspirações como *liberdade, diversidade e tolerância*, ideais que informam as virtudes cívicas neste início de século. O princípio da fraternidade, pilar do liberalismo clássico, é concebido não como prática pastoral, mas como quintessência do Humanismo, por excluir o confinamento do indivíduo e despertar nas relações humanas a sensibilidade de *todos para com cada um*.

³⁰ *Elogio à serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002, p.114

³¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 110-111.

³² *Elogio à serenidade e outros escritos morais*. Op. cit., p. 115.

De igual modo, a tolerância sobreleva-se como atitude de respeito, porquanto onde reina a tolerância, a diferença não mais é estranha ou ameaçadora.

Indiscutivelmente, toda a forma de hegemonia, incluindo a do padrão androcêntrico, vem sendo paulatinamente desconstruída para dar espaço às identidades coletivas e seus modos de ser e de viver, numa fusão de horizontes que une, fragmentando. A modernidade e a contemporaneidade argumentam tanto com o direito das minorias, quanto com o direito à liberdade de desenvolvimento da personalidade humana, buscando a interação entre o eu e a sociedade, num diálogo permanente. Está-se diante de um imperativo axiológico que não se rende ao banalismo do politicamente correto, ao contrário, normatiza conquistas civilizatórias que manejam diretamente com os princípios supremos da Democracia.

Neste diapasão, manifestações que incitam à discriminação em relação a determinados segmentos, na maior parte, as minorias, devem ser coibidas pelo aparelho estatal, em especial pela Magistratura, a quem cabe salvaguardar a dignidade e a preservação da diferença em prol do bem comum, posto ser o Poder Judiciário, ao fim e ao cabo, o guardião da racionalidade como critério.

Foucault em obra clássica, *Vigiar e Punir*, descreve as metamorfoses que ocorreram nos últimos séculos nas formas de castigo e dominação das pessoas, abordando um processo que vai do controle e da disciplinarização em espaços fechados até a atualidade, ao comportamento e as ações em espaços abertos. Ao discorrer sobre as artimanhas da liberdade, afirma que “onde há poder, há resistência, e as resistências ao poder, muitas vezes, têm força irresistível”. A liberdade, por sua condição ontológica, é insubmissa: diz sempre não às forças que procuram controlá-la. E o faz em condições fora do terror e do constrangimento, o faz por meio de um afrontamento contínuo. O que está em jogo é a questão das identidades, do sentimento de pertencimento, afinal, é impossível ao indivíduo renunciar às características que compõe a sua personalidade. As lutas de resistência em torno do estatuto da individuação almejam o encontro do “eu” no mundo.

Tal como colocado, o preconceito e a discriminação provocam a dissolução do sujeito em seu sentido individual e coletivo e aniquilam as mais caras conquistas civilizatórias.

A leitura que os pensadores psicanalíticos como Lacan e Freud fazem da identidade, é que ela se forma ao longo do tempo, por processos inconscientes. Ela permanece incompleta, sempre sendo construída, e surge não tanto da plenitude da identidade que já está dentro de cada qual enquanto indivíduo, mas de uma falha de inteireza que “é preenchida” a partir do exterior, pelas formas como o indivíduo imagina ser visto pelos outros. Psicanaliticamente, há uma perene busca pela “identidade” e pela construção da autobiografia. Platão sugeriu, em um de seus diálogos, a ideia do “cuidado do si”, mas como cuidar de si e “tornar-te o que tu és” sem subordinar a diferença à identidade? Sem espaços de liberdade que permitam a construção do Homem enquanto Pessoa?

Winnicott enfatiza que “quando se fala de um homem, fala-se dele justamente como a soma de suas experiências culturais. O todo forma uma unidade”. A todo ser humano deve se assegurar o direito a uma vida digna de ser vivida. Ao Estado e às suas leis, compete sustentá-lo de forma a fiançar-lhe a garantia de estar inserido em um lugar de pertencimento, resguardando, acima de tudo, a sua credulidade no Contrato Social.³³

Segundo Maria Vitória Mamede Maia, “a constituição do ser humano passa por fatores básicos, quais sejam; fidedignidade, ritmo, confiança e credulidade, fatores esses denominados de ciclo benigno. Explicando melhor, podemos afirmar que o ser humano se distingue do animal não somente pelo atributo da racionalidade, mas e principalmente, por poder, diante de um ambiente facilitador, se desenvolver como um ser psíquico. Para que não tornemo-nos seres embrutecidos e reativos temos de ter vivido uma constância ambiental de cuidados que acaba por ficar marcada sensivelmente como credulidade e segurança.

O que é ser crédulo? O que é sentir-se seguro? Longe de qualquer menção religiosa, ser crédulo significa acreditar, sendo essa crença um sentimento vital para que o Homem possa ser um sujeito afetado pelo outro, possa pensar-se em segurança, possa pensar-se no lugar do outro e não somente reagir às situações a partir de um egocentrismo

³³ Winnicott, D.W. *Conversando com os pais*. São Paulo: Martins Fontes, 1975, p. 137-152.

exagerado. O senso de crença é o principal do nosso desenvolvimento, seguido pelo de segurança. Se o perdemos, poderemos passar a reagir ao invés de agir operatoricamente no mundo. Porém o sentimento de fidedignidade a traduzir-se na idéia de que o ambiente nos sustenta, nos acolhe e protege; o sentimento de continuidade, que advém do ritmo dos cuidados que temos ao longo de nossa vida e o sentimento de confiança, a saber: o mundo não me persegue, não me ignora, não me discrimina, ao contrário, considera-me digno, considera-me nos meus movimentos de inclusão, dependem, principalmente, do fato de que as leis, primeiro as da família, depois as da escola e por último, as do próprio Estado, sirvam a todos indiscriminadamente.”³⁴

Ora, a credulidade do *homo sapiens* advém da confiança no aparato normativo estatal. Se o Pacto não abarca a todos indistintamente, está-se diante da exceção; mais grave, da anomia, que implica na ruptura da lei social, da lei edípica, da lei do Pai, representado em instância última pelo próprio Estado, na expressão de Hélio Pellegrino.³⁵ A descontinuidade do senso de segurança, já que a norma fundante da sociedade não mais representa algo constante, e sim algo composto de interpretações várias, descortina o colapso do Contrato Social entre os indivíduos.

Boaventura Souza Santos sintetiza de maneira especialmente oportuna a exigência de cumprimento dos princípios fundamentais dos direitos humanos em sua pluralidade e diversidade: "temos direito a reivindicar a igualdade sempre que a diferença nos inferioriza e temos direito de reivindicar a diferença sempre que a igualdade nos descaracteriza."³⁶ Em última análise, os direitos humanos representam o “direito a ter direitos humanos”³⁷, e constroem-se com base na concepção apriorística de que o Homem, antes mesmo de possuir capacidade e condições adequadas para exercê-los, os detêm de forma inalienável e universal.

³⁴ *Rios Sem Discursos. Reflexões sobre a agressividade da infância na contemporaneidade*. São Paulo: Vetor, 2007, p. 48 et seq.

³⁵ Pellegrino, Hélio. *Pacto edípico e pacto social*. Py, Luiz Alberto et alli. *Grupo sobre Grupo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, 206, p.195-205.

³⁶ *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48 (1997), p. 11-32.

³⁷ A expressão pertence a Norberto Bobbio.

A questão não é opor a igualdade à diferença, mas à desigualdade, e rechaçar a instituição de um *apartheid* social que obstrui a interação entre pessoas pertencentes a universos distintos. Pressuposto para a construção de uma sociedade pluralista, o diálogo com o outro possibilita a concórdia nos confrontos entre os diferentes grupos sociais e culturais. Assim, inadmissível a hierarquização entre humanos ou o seu confinamento em guetos. A mulher não pode ser “eliminada”, mesmo no âmbito simbólico, ao ver rechaçado seu direito cívico de integração plena nas Forças Armadas. Paralelamente, não pode o Direito ser convertido em instrumento de opções segregadoras.

Sua exclusão ou obstrução de determinados postos e patentes do Exército, Marinha e Aeronáutica, não tem apenas o condão de estigmatizá-las, desafia o próprio conceito de cidadania ao impedi-la de integrar ou ascender em Instituição Pública de acesso meritório – concurso público de provas e títulos –, destinada a salvaguarda da Pátria e dos poderes constitucionais, em razão de sua condição de gênero. Usurpação odiosa, inadmissível nos Estados Democráticos, tem o condão de negar à mulher o seu *status civitatis*, erigindo-a à cidadã de segunda categoria. Na historiografia brasileira assemelha-se à subtração do seu direito ao sufrágio, que perdurou durante todo o Império e a República Velha e, até mesmo, à escravatura, quando os negros, inferiorizados eram considerados *res*.

O foco é a dignidade do Homem concebida como princípio, valor e norma, cerne das garantias fundamentais e meio pelo qual são asseguradas as múltiplas dimensões da vida. Qualidade intrínseca do indivíduo, ela transcende a normatividade, porque dignidade é acima de tudo valor, valor da pessoa humana.

Diante desta tripla dimensão – normativa, principiológica e valorativa – sustenta a doutrina germânica que “a norma consagradora da dignidade da pessoa revela uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais, justamente pelo fato de não admitir uma ponderação no sentido de uma colisão entre princípios, já que a ponderação acaba sendo remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade”.³⁸

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 73.

Sobre o tema, impossível não exaltar Paulo Bonavides quando discorre acerca da dignidade: “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser máxima. Se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.”³⁹

Bidart Campos ao versar sobre a universalidade dos Direitos Humanos, remete-os a uma trindade obrigacional para a efetividade de sua prestação; v.g.: a omissão de condutas violadoras ou impeditivas do direito que titulariza o sujeito ativo, o cumprimento de prestação positiva de dar e, o cumprimento de prestação positiva de fazer em favor da implementação do direito de seu detentor. Inescusável ao Poder Público, como *facultas exigendi*, garantir tratamento isonômico aos indivíduos, livrando grupos minoritários de preconceitos segregacionistas. Trata-se de dever irrenunciável de proteção, oponível aos particulares ou aos agentes estatais em hipóteses de vulneração.⁴⁰

Conforme adverte Jellinek, em obra clássica, “chamado a desenvolver determinadas tarefas, o Estado aparece igualmente limitado na sua capacidade de agir, por efeito do dever moral que lhe incumbe de reconhecer a personalidade dos súbditos; e a isso fica juridicamente obrigado por força do seu próprio ordenamento (...). A relação entre o Estado e cada pessoa faz-se, assim, de tal sorte que um e outro surgem como duas grandezas que se implicam reciprocamente. Com o desenvolvimento da personalidade individual diminui a extensão do *status* passivo e com isso o campo de autoridade do Estado. A história política moderna tem por conteúdo o constante desenvolvimento da personalidade individual e da limitação do poder”.⁴¹ Dessa forma, a

A crítica de T. Geddert-Steinacher à Alexy consiste, precisamente, no fato de que para o primeiro, Alexy acabou embasando sua tese em decisões que não representam a tendência dominante no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, além de argumentar não ser a dignidade uma norma de direito fundamental, mas, sim, princípio.

³⁹ *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 11-13.

⁴¹ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Bs.As: Albatros, 1954, p. 313 *et seq.*

majestas é um poder limitado pela positividade vigente que estabelece a prática de ações negativas e afirmativas a vincularem a estatalidade. Neste universo, a expansão da personalidade há de desenvolver-se à margem do *imperium*, mediante a livre iniciativa do indivíduo.

E não poderia ser diferente. A história do constitucionalismo é a história da emancipação do homem. Inadmissível, nestes termos, retrocessos que o privem de garantias personalíssimas. Está-se a lidar com direitos à identidade, enfeixados no rol dos direitos de existência, que demandam a intervenção protetiva do Estado.⁴²

O direito fundamental da personalidade, donde decorre o asseguramento de identidades coletivas, concorrem com o direito a liberdades subjetivas iguais e o direito humano único e original, provindo segundo Jorge Miranda, do “simplex factum de nascer e de viver (...), condição essencial ao seu ser e devir (...) tem por objecto, não algo de exterior ao sujeito (...)”, mas “modos de ser físicos e morais da pessoa, manifestações da personalidade humana (...) defesa da própria dignidade”.⁴³

Direito Natural, devido ao homem em razão de sua humanidade, adquiriu consagração formal nas Cartas Políticas de matriz ocidental depois de séculos de absolutismo e totalitarismo.

Sob esta dimensão, mesurar a dignidade sob o enfoque sexual oblitera a liberdade e aniquila a autonomia pessoal num momento em que se discute a juridicização do multiculturalismo como resposta do Direito à diversidade e à diferença nas sociedades pluralistas igualitárias. A política do reconhecimento verte-se como ponto fulcral no liberalismo de John Rawls, na teoria da diversidade de Jürgen Habermas, no democratismo de Charles Taylor, todos convergindo em favor da conjugação isonômica da cidadania.

⁴² Nessa toada, o papel propedêutico do Judiciário consiste, precisamente, em afirmar o reconhecimento público pleno do respeito pela identidade inconfundível de cada indivíduo, independentemente de raça, sexo, credo, orientação sexual ou procedência étnica. Conforme acentua Bobbio: “o problema fundamental em relação aos direitos do Homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992, p. 25.

⁴³ *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 4. ed. Coimbra Editora, 2008, Tomo IV, p.66-67.

Para além e finalizando, as Constituições compreendidas, em geral, como projetos históricos a serem cumpridos por cada geração, articulam com experiências coletivas de integridade ferida. A luta pelo reconhecimento vem sendo protagonizada desde o início da década passada mediante o alargamento das tendências uniformizadoras e homogeneizadoras do liberalismo, em favor de um ideal de autenticidade concebido não como mera cortesia do Estado, mas como um dever. A suplantação da privação de direitos de grupos estigmatizados, como bem pontuou Habermas, tem por objetivo exorcizar a fragmentação da sociedade e possibilitar àqueles que se viram privados de *chances iguais de vida no meio social*, a universalização socioestatal dos direitos de cidadania. Daí, imperioso reconhecê-las no contexto de uma cultura majoritária, tal como o tem feito a Sociedade Mundial.⁴⁴

BIBLIOGRAFIA

BARNES II, John L. *Don't Ask, Don't Tell: a costly and wasteful choice*. Tese de Mestrado. Monterey. California. Naval Postgraduate School. 2004.

BARTRA, Eli; VALDÉS, Adriana. *A Natureza Feminina*. In: *Terceiro Colóquio Nacional de Filosofia*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1985.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992.

_____ *Elogio à Serenidade e Outros Escritos Mo-rais*. São Paulo: Unesp, 2002.

⁴⁴ Efetivamente, o processo de internacionalização dos direitos humanos noticia o atendimento aos anseios de uma ordem contemporânea aberta, diversa e plural. No dizer de Leyza Ferreira Domingues, a utopia “criada desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, transforma-se em (...) esperança de um novo começo histórico com a transformação futura das condições existenciais dos seres humanos.” *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Novos paradigmas ao Direito Internacional e seus limites em um mundo multicultural*. Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Área de Concentração: Direitos das Relações Internacionais, Brasília, 2009, p. 110.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAIRE, Raymond. *A Mulher Militar. Das origens aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 2002.

CARREIRAS, Helena. *Mulheres em Armas. A participação militar feminina na Europa do Sul*. Lisboa: Edições Cosmos. Instituto da Defesa Nacional, 2002.

D'ARAUJO, Maria Celina. Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas brasileiras. Painel: Women in the Armed Forces I. In: *Research and Education in Defense and Security Studies*. Chile: 2003.

DOMINGUES, Leyza Ferreira. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Novos paradigmas ao Direito Internacional e seus limites em um mundo multicultural*. Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Área de Concentração: Direitos das Relações Internacionais, Brasília, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARGALLO, Francesca. *El Feminismo Múltiple: Prácticas e ideas feministas en América Latina*. In: *Perfiles del feminismo iberoamericano*. Buenos Aires: Catálogo, 2002.

GONTIJO, André Pires. *A Sociedade Aberta Universal. A (re) discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos no contexto de uma sociedade pluralista de risco*. Dissertação apresentada como requisito obrigatório para conclusão do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Área de concentração: Direito das Relações Internacionais, Brasília, 2009.

GOULD, Stephen Jay. *The Mismeasure of Man*. Nova York-Londres: Penguin Books, 1966.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Bs.As: Albatros, 1954.

JOHNS, John H. *et al. Cohesion in the U.S Military: Defense Management Study Group on Military Cohesion*. Washington: National Defense University Press, 1984.

KIRWOOD, Julieta. *Feminarios*. Santiago de Chile: Documentas, 1987.

MACCOUN, Robert. *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence*. In: *Sexual Orientation and U.S Military Personnel Policy: Options and Assessment*. California: RAND, 1993.

MAIA, Maria Vitória Mamede. *Rios Sem Discursos. Reflexões sobre a agressividade da infância na contemporaneidade*. São Paulo: Vetor, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Tomo IV.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

PELLEGRINO, Hélio. *Pacto edípico e pacto social*. In: Py, Luiz Alberto *et al. Grupo sobre Grupo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

SANTOS, Boaventura Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

WINNICOTT, D.W. *Conversando com os pais*. São Paulo: Martins Fontes, 1975.

Recebido em 18/4/17

Aprovado em 19/6/17

9

O DIREITO E OS DISPOSITIVOS DISCIPLINARES (THE LAW AND THE DISCIPLINARY APPARATUS)

Ricardo Manoel de O. Morais¹

RESUMO

Objetiva-se compreender o poder disciplinar e sua relação com o direito em Foucault, evidenciando como determinados dispositivos jurídicos modernos emergem na Idade Média. Assim, será apresentado o poder disciplinar, examinando como práticas marginais surgiram, para, após, traçar sua relação com o direito. Tal relação não é de antagonismo ou mera complementaridade, pois ora as práticas operam como veículos de regras jurídicas, preenchem lacunas jurídicas, ora atuam mesmo contra a lei, mas legitimados pelas teorias legais.

Palavras-chave: Poder Disciplinar; Direito; Dispositivos.

ABSTRACT

It aims to understand the disciplinary power and its relation with the law in Foucault by showing how certain apparatus of modern law emerge in the Middle Ages. Then, the disciplinary will be presented by showing how marginal disciplinary practices have emerged in modern society, in order to show how they relate to law. This relationship is not an antagonism or a mere complementarity, because at one moment, the disciplinary practices operate as legal rules vehicles,

¹ Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Filosofia pela UFMG. Bacharel em Direito e em Filosofia. Advogado e Professor.

fulfilling the juridical gaps and, at other, acting against the law, but legitimated by legal theories.

Keywords: Disciplinary Power; Law; Apparatus.

Sumário: 1 Introdução; 2 Dispositivos modernos; 3 Poder disciplinar; 4 Considerações finais; 5 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva apresentar a concepção de poder disciplinar em Foucault, problematizando-a com o direito moderno. Vale ressaltar que o direito, para Foucault, assim vários temas que ele desenvolve, não é um conceito teórico, uma gama de leis soberanas ou uma essência que remete a uma noção de contrato social. Isso porque o pensamento do autor, de caráter assistemático, marca-se por reflexões pontuais e análises que não visam formular uma teoria universalista, mas análises imanentes sobre questões aparentemente universais.

Foucault não pensa o direito como teoria universal ou uma ciência objetiva, mas situando seus saberes e práticas na história que lhes é peculiar, realizando uma incursão transversal nas zonas “cinzas” das práticas jurídicas sociais, sem se ater às origens teóricas “luminosas”. Foucault desenvolve a temática das práticas jurídicas como um lugar onde emergem formas de constituição de verdades, de modo a sair do ideal de justiça como valor sublime, mas examinando a contingência histórica das práticas de constituição da verdade e do sujeito, sem propor uma “supra-história” (RABINOW; DREYFUS, 1995). Para Revel (2005) as análises foucaultianas partem de dispositivos de poder, nas quais ele examina os operadores materiais de poder, práticas e formas de assujeitamento. Tal proposta não se ocupa da soberania, dos aparelhos de Estado, das ideologias que os acompanham e do mero conflito interpretativo, mas dos mecanismos concretos de dominação, cuja natureza é heterônoma, visto que dizem respeito tanto a discursos quanto a práticas e instituições.

Uma vez que o direito é analisado como o responsável pela constituição de verdades, como a relação entre verdade e jurisdição, que é histórica e local. Assim, este artigo irá evidenciar o modo como os

rituais do “dizer a verdade” se estruturaram na antiguidade e medievo (práticas dispersas) para, então, apresentar como foram encampadas por um mecanismo global (Estado). Por esta razão, este artigo não irá falar de uma essência do direito em Foucault, mas irá problematizar essa questão examinando as práticas jurídicas locais e institucionais que contribuíram para a articulação moderna do direito, bem como várias das instituições jurídicas, como as prisões, os juízes, a noção de panóptico, bem como a figura que centrou, ainda que artificialmente, todas as práticas jurídicas difusas em torno de si: o Estado.

2. DISPOSITIVOS MODERNOS

Na antiguidade, pode-se dizer que haviam dois modelos de constituição de verdade: o modelo da prova (o mais arcaico) e o do inquérito. No primeiro a verdade era estabelecida sem recurso a testemunhas ou sentenças. “(...) os adversários são literalmente ‘postos à prova’, numa espécie de jogo, de duelo ou de desafio, determinando-se a verdade pelo lado do vencedor do risco; qualquer instância como um júri ou um juiz não tem competência de decisão sobre a verdade senão apenas sobre o correto cumprimento das regras do jogo” (MUCHAIL, 2004, p. 75-76). Todavia, o modelo de maior preponderância foi o inquérito, no qual a verdade é determinada por quem a viu, baseada em testemunhos que, inclusive, podem ser opostos a governantes. Foi a prática do inquérito que marcou transformações culturais na antiguidade, como a constituição de sistemas de verdade mediante a presença do um sujeito pretensamente neutro que, ao inquirir, pondera os saberes e constitui a verdade dos fatos por um ritual jurídico.

Com a emergência de outros modelos de constituição da verdade, as práticas de inquérito serão retomadas séculos mais tarde, na segunda metade do medievo, de forma obscura e lenta, ao passo que o sistema de provas foi universalizado no período de domínio romano.

Na Idade Média, os dois modelos [desafio de provas e inquérito] reaparecem. Inicialmente (entre os séculos V e XII aproximadamente), prevalece o primeiro, o da *prova*, cujos traços principais podem ser assim reunidos tratava-se sempre de uma ação ‘de estrutura binária’, isto é, em que os indivíduos, grupos ou famílias eram diretamente postos em disputa, sem intervenção de qualquer terceiro elemento que representasse a autoridade ou a coletividade;

a verdade se confundia com a vitória do mais forte, o direito constituindo-se não numa correlação entre justiça e paz mas num prolongamento ritualizado da guerra. (MUCHAIL, 2004, p. 76-77)

Entretanto, o sistema da prova será paulatinamente deixado de lado. Certos tipos de regras e saberes são inventados ou retomados por uma determinada sistematização dos saberes, reinstaurando a modalidade de inquérito, que volta a ser a construção de poder global. Monod esclarece que, até aqui, o direito era uma espécie de guerra privada regulamentada, cujos procedimentos eram colocados sob o controle dos poderosos, não como julgadores, mas como reguladores dos embates, até que “(...) aparece um novo personagem, signo da constituição de um poder judiciário exterior e superior às partes do conflito: o procurador” (MONOD, 1997, p. 61). Não será mais o litigante com maior força bélica que imporá sua verdade. Esta passa a ser imposta no litígio pela figura do julgador, que diz a verdade da lide.

O procurador do rei altera o cenário, contribuindo para uma estatização do dizer a verdade e realizar a justiça. Emerge a noção de infração. Não se trata, neste momento, de saber não só se houve dano entre dois indivíduos, mas de apurar a verdade sobre os fatos, pois a afronta à lei não é mais um assunto particular, mas uma lesão à ordem pública do soberano. (MONOD, 1997)

O inquérito marcava-se pelas seguintes características: o poder político era o principal personagem; a busca pela verdade era feita por meio de investigações, ou seja, não se sabia a verdade de antemão, mas sua reformulação seria futura e por meio de um terceiro racional; o poder de estabelecer a verdade era detido por alguns que não serão forçados a dizê-la, mas fazem-no porque o querem; uma vez estabelecida a verdade, fazia-se com que o condenado reparasse o delito, recaindo sob seu corpo a vingança soberana (suplício). A partir deste momento houve um processo de centralização do “dizer a verdade” sobre as infrações numa figura central (que mais tarde virá a ser o Estado) e num rito processual regrado, diante dos quais todos devem se calar. As exigências formais da verdade jurídica foram um meio de controle absoluto do saber por parte das instituições judiciária, sendo as regras processuais rigorosas uma máquina de produção de verdade, ainda ausente o acusado.

3. PODER DISCIPLINAR

Se o direito “pré-moderno” era marcado por práticas difusas e descontínuas, na modernidade há uma preocupação com a constância dos procedimentos, emergindo um sistema ininterrupto e efetivo nos ínfimos detalhes (MONOD, 1997). A realidade das práticas judiciais, por mais que continue a ser heterogênea, torna-se “teoricamente” legitimada por teorias universais decorrentes da estatização do procedimento jurídico. Por mais que esta unificação estatal tenha sido artificial, as teorias naturalizam os dispositivos na vida social.

Na modernidade, conteúdos emergem de modo a tornar a vingança e a concentração das práticas jurídicas na figura régia insustentáveis. Durante as execuções, o povo, ao assistir os suplícios, provocava rebeliões com sentimento de injustiça em relação ao condenado, pois, se no lugar dele estivesse alguém de classe social elevada, a punição seria menos severa. Além disso, internamente às instituições, intelectuais começaram a defender a autonomia judiciária diante do soberano e humanização penal. Claro que a história dos dispositivos jurídicos modernos poderia ser contada unicamente como progresso da razão e da humanidade, de modo a enaltecer o fim do espetáculo do suplício. No entanto, trata-se, também, de acabar com o caráter lacunar do antigo sistema.

Se, por um lado, a reforma humanista defende a justiça igualitária, também defende uma legislação de repressão a vagabundos e ofensores da propriedade. Além disso, não há abrandamento punitivo se se analisar de forma mais detida, uma vez que uma série de ilegalismos outrora tolerados (pequenos roubos, infrações contra a propriedade) passam a ser reprimidos (MONOD, 1997). As punições são mais efetivas, difundidas e menos custosas ao sistema de poder, o que se deu como resposta à busca pela objetividade constante nos procedimentos de justiça. (FONSECA, 2003)

Além disso, as punições corporais continuam a ser utilizadas, pois criaram-se meios de adentrar na subjetividade “corporal” do indivíduo. Para tanto, um exército institucional substituiu o carrasco nas práticas jurídicas: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos e os educadores. Smart (2002) salienta que as transformações não ocorreram tanto em termos quantitativos (menos severidade,

dor e crueldade), mas em termos qualitativos (mais efetividade e menos custo na punição). Houve uma transformação na racionalidade penal, que implicou na mudança do alvo punitivo: passou-se do “corpo” para a “alma”. Embora o corpo aparente não ser mais o objeto direto das práticas punitivas, ele é protagonista no processo penal, confinado na prisão, forçado a trabalhar ou sujeitado a vigilâncias e controles. O corpo continua como objeto das operações de poder a ser constituído como dócil e produtivo.

Monod (1997) expõe que as práticas disciplinares, ao esquadri-nharem o território e individualizarem as penas, conduzem a uma transformação, tornando os mais ínfimos detalhes do corpo-sujeito visíveis por meio de dispositivos de controle social. Tais medidas vão além do que ordinariamente se entende por lei (realidade binária que divide entre permitido e proibido), pois não somente sancionam o indivíduo, mas o controlam, neutralizando sua periculosidade e modificando suas disposições. Com isso, uma série de medidas “inflacionam” o ritual penal, desde a instrução até a sentença. As medidas disciplinares, além de produzirem efeitos normativos, visam treinar o corpo por meio de movimentos repetitivos, adequando-os e readequando-os a um sistema de produção em que o homem não é só reprimido ao infringir normas, mas vigiado para que não as infrinja: é objeto de controle perpétuo. (SMART, 2002; FONSECA, 2003)

Ainda que o Estado seja o protagonista no desenvolvimento da máquina de exame dos sujeitos que opera o desbloqueio epistemológico das ciências humanas, não se trata de analisar as disciplinas a partir de um centro, mas a partir de práticas que se generalizaram (MONOD, 1997). Logo, de modo a situar os dispositivos disciplinares, Foucault analisa a distribuição de corpos no espaço, o controle das atividades, a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora, o exame e o modo como as práticas disciplinares e o direito coexistem.

Quanto à prática da distribuição dos corpos no espaço, cumpre salientar que, ainda que seja aplicada a clausura no modelo disciplinar, ela não é a técnica universalizável, pois enclausurar remete meramente a um princípio proibitivo, ao passo que disciplinar significa pensar o espaço de modo mais flexível, fino, operando o *enquadramento*, que coloca cada indivíduo em seu lugar e em cada lugar um

indivíduo, evitando as distribuições por grupos e massas confusas, difíceis de individualizar. “Importa estabelecer as presenças e as ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos (...), poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, medir as qualidades ou os méritos” (FOUCAULT, 1987, p. 123), o que possibilita um saber acerca do espaço que efetivará a individualização e a utilização dos corpos dóceis por meio da organização do espaço. O dispositivo emerge em instituições como conventos e colégios.

Os dispositivos disciplinares também realizam o controle temporal das atividades, reguladas por um duplo dispositivo: controla-se o tempo da atividade, nos mínimos detalhes e fraciona-a em repetições simples e rápidas. Como exemplo da decomposição minuciosa dos atos, Foucault (1987) analisa a maneira com que se disciplina a marcha de tropas no século XVIII: o comprimento do pequeno passo será de um pé e o do passo comum, do passo dobrado e do passo de estrada de dois pés, medidos ao todo de um calcanhar ao outro; a duração do pequeno passo e do passo comum é de um segundo, durante o qual serão dados dois passos dobrados; a duração do passo de estrada será de um pouco mais de um segundo; o passo oblíquo será feito no espaço de um segundo; terá no máximo 18 polegadas de um calcanhar ao outro; etc.

As disciplinas se valem da vigilância pelo olhar hierárquico, controlando indivíduos por um jogo de olhares. Tal técnica possibilita uma visão clara daqueles que são disciplinados, sem que eles vejam quem aplica o poder, isto é, os indivíduos vigiados sabem que o são, mas as vigilâncias múltiplas olham sem serem vistas. Foucault (2002) examina a pirâmide de olhares por meio da metáfora do procurador, que não terá a função apenas de perseguir os infratores, mas, principalmente, de vigiar os indivíduos antes que a infração seja cometida: o procurador seria uma espécie de olhar perpétuo sobre a população, cujo “olho” transmite as informações observadas para uma instância superior, o “olho” Procurador Geral; este, por sua vez, transmite-as para o grande olho vigilante, o Ministro da Polícia, que, por fim, as transmite ao detentor da soberania, cujo olhar se estende hierarquicamente ao mais insignificante dos indivíduos.

O dispositivo disciplinar ideal deve possibilitar a um único olhar ver tudo sem que nada lhe escape e ao qual todos os olhares convergem.

Para Dreyfus e Rabinow (1995), a observação hierárquica é um dos elementos disciplinares centrais, pois torna a vigilância parte integrante da produção e do controle. Isso porque os indivíduos vigiados absorvem o modelo do olhar de tal forma que eles passam a produzir-se como olhares, conforme explica Foucault em *L'oeil du pouvoir*. Não se trata de colocar no topo da pirâmide o substituto do rei, mas a desconfiança total que desindividualiza o poder, pois todos exercem o olhar-poder sobre todos, por desconfiança.

Outro dispositivo que efetiva o poder disciplinar é a sanção normalizadora. As disciplinas funcionam como pequenos tribunais, um “judiciário” próprio a cada instituição, com leis próprias, delitos especificados, formas de sanção e julgamento, preenchendo espaços lacunosos deixados pelas leis da soberania estatal, desenhando todo um jogo de estratégias dentro do quadro geral dos códigos, qualificando e reprimindo comportamentos que não dizem respeito diretamente ao sistema estatal. Tais práticas operam em escolas, exércitos, hospitais, reprimindo micropenalidades de tempo (atrasos, ausências, interrupções de tarefas), atividades (desatenções, imprudências), maneira de ser (grosseria, desobediência), discursos (tagarelice, insolência), corpo (sujeira, gestos) e sexualidade (indecência). Estipula-se o “normal” e o que foge é sancionado sutilmente. “Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e de dar uma função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar: levando ao extremo, que tudo possa servir para punir a mínima coisa. (...)” (FOUCAULT, 1987, p. 149)

Entretanto, o “modelo judiciário” normalizador não só pune, mas visa tornar o “anormal” normal. Assim, o superior hierárquico recompensa os diligentes para que os desviantes se sintam incitados a melhorar. Isso porque, constituindo um saber que pretende readequar o anormal por meio de um processo *corretivo*, da ordem do exercício, a norma mede os indivíduos em termos quantitativos, homogeneizando singularidades por meio da observação e correção. Um “adestramento” produz mais que reprime (SMART, 2002). A punição normalizadora é menos a vingança pela lei ultrajada e mais a repetição da lei. (CASTRO, 2009)

O dispositivo que combina sanções normalizadoras e o olhar hierárquico é o exame. Este estabelece sobre os indivíduos uma

visibilidade geral, na qual são diferenciados e sancionados por ritos que constituem saberes acerca de seu objeto (o indivíduo). O exame opera a reunião de uma cerimônia de poder própria das ciências modernas, demonstrando a força normativa do sistema de poder revestida por efeitos de verdade, processo influenciado pelas práticas do inquérito. Uma das principais estratégias é a objetivação científica do homem que, justapondo hierarquia de olhares e sanção normalizadora, operacionaliza a readequação do anormal, produzindo cientificamente a normalidade. (SMART, 2002)

É em meio a estes dispositivos que emerge a sociedade disciplinar, na qual se constituem vários processos históricos interiores, econômicos, jurídico-políticos, científicos, pedagógicos, militares, prisionais. Essa formação social é marcada por um complexo de dispositivos e de técnicas de poder, cuja rede institucional que se forma tem por objetivo assegurar a ordenação das multiplicidades humanas, de modo a tornar o exercício do poder o menos custoso possível. Por meio de sua fraca exteriorização e invisibilidade, que viabilizam pouca resistência, é que os efeitos de poder são levados à máxima intensidade institucional sem lacunas. E é nesta circunscrição de não viabilizar fracassos e lacunas que as novas práticas judiciárias disciplinares e legais tornam-se realidades coexistentes.

A diferença por meio do qual lei e disciplina operam é clara, evidenciando-se quando Foucault situa a distinção entre as concepções jurídicas de poder e as práticas sociais, que são o que realmente definem os sistemas globais de dominação. Ao passo que o pensamento político do contrato social sustenta uma “política do direito”, situando os indivíduos diante do Estado soberano, a consequente democratização soberana moderna deixa de lado os mecanismos disciplinares locais. Isso porque os sistemas jurídicos formais, ao constituírem os indivíduos como “sujeitos de direito”, não levam em conta toda a complexidade do sistema de práticas perversas por detrás desse processo de suposta humanização do direito penal. A partir do momento em que se considera que todos são iguais perante a lei e que todos são sujeitos de direito, caberá às práticas disciplinares estabelecer aqueles que deverão ter seus direitos suspensos e sua individualidade submetida a uma série de normalizações, como maus alunos, maus operários, loucos e criminosos. (MONOD, 1997)

As disciplinas, ao normalizar, consolidam um movimento de poder anônimo e funcional, que individualiza e, ao diferenciar os anormais, pesa a norma sobre eles. “‘Humanização’ e ‘cientificação’ do sistema penal se conjugam para modular a pena em referência ao infrator em si mesmo” (MONOD, 1997, p. 65). O próprio julgamento do infrator pelo “direito” é um processo que evidencia esta questão das práticas de normalidade no ceio da ciência “disciplinar” (psicologia/psiquiatria) que se integram à máquina penal, ainda que as legislações democráticas sejam formalmente igualitárias.

Noções como “anormal psíquico” e “inadaptados às expectativas sociais” circulam nas práticas jurídico-disciplinares sob o pretexto de explicar o ato infrator, mas qualificam o indivíduo em sua totalidade ao individualizá-lo. E é exatamente por essa razão que o exame não é ordenado por procedimentos jurídicos, mas passa por uma esfera não jurídica do poder que, ao empregar dispositivos de hierarquização, técnicas de controle, inspeção e classificação, tangenciam práticas judiciais e efeitos de verdade científicos.

Se por um lado as regras do direito soberano sustentam que as regras do direito devem ser aplicadas uniformemente a todos, as disciplinas organizam a multiplicidade humana de uma forma diferente (MONOD, 1997). A burguesia, ao ascender ao nível global de poder, protegeu-se e legitimou-se em um quadro jurídico explícito, codificado, formalmente igualitário, instituído e organizado por um regime parlamentar e representativo. Entretanto, o desenvolvimento e a generalização dos dispositivos disciplinares é a faceta obscura dessa ascensão burguesa. “A forma jurídica geral que garantia um sistema de direitos em princípios igualitários era sustentada por esses mecanismos miúdos, cotidianos e físicos, por todos esses sistemas de micropoder essencialmente igualitários e assimétricos que constituem as disciplinas.” (FOUCAULT, 1987, p. 183)

O sistema instaurado no século XVIII é marcado por interesses sociais de legislações. Retomando a questão das lacunas, não haverá mais espaço para os “ilegalismos”, que serão codificadas e disciplinadas com severidade pelas instituições estatais caso afetem valores como a propriedade e o trabalho. O Estado sanciona o roubo e certas delinquência prontamente, normalizando o “louco” por ser vagabundo, ao passo que

delitos burgueses, como a fraude fiscal ou operações comerciais irregulares, detém um tratamento legal dilatatório. Esta “igualdade” opera uma separação entre os ilegalismos de bens e de direitos, levando a uma especialização dos circuitos judiciários: para os ilegalismos de bens, os tribunais ordinários e punição; para os ilegalismos de direito (fraude fiscal), jurisdição especial, possibilidade de transição, medidas atenuantes. Assim, a burguesia reserva para si ilegalismos de direito, isto é, a possibilidade de não ser enquadrada no quadro institucional disciplinar e legal. (MONOD, 1997)

Parece-me, ao examiná-las, que as leis não estavam destinadas a impedir a desordem, as condutas irregulares, mas que sua finalidade era mais complexa: desde que uma lei é instaurada, ela interdita ou condena, de um mesmo golpe, certo número de comportamentos. Assim, imediatamente aparece em torno dela uma aura de ilegalismos. Ora, estes não são tratados nem reprimidos da mesma forma pelo sistema penal ou pela própria lei. Veja, por exemplo, a categoria das leis concernentes ao respeito da propriedade: elas não atuam do mesmo modo segundo a própria natureza da propriedade. De sorte que podemos perguntar se a lei, sob sua aparência de regra geral, não é uma maneira de fazer alguns ilegalismos diferenciados uns dos outros, que permitirão, por exemplo, o enriquecimento de uns e o empobrecimento de outros, que ora garantirão a tolerância, ora autorizarão a intolerância. O sistema penal seria, nessa medida, um modo de gerir esses ilegalismos, gerir essas diferenças, mantê-los e, por fim, fazê-los funcionar. (FOUCAULT, 2012, p. 40)

Ademais, porquanto o sistema representativo reveste a “vontade de todos” sob a forma de instância fundamental da soberania, deslocando a questão da soberania da figura do rei para a figura do povo ou da “nação”, as disciplinas constituem os processos de base que garantem a submissão das forças e dos corpos. “As disciplinas reais e corporais constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas” (FOUCAULT, 1987, p. 183). Na entrevista *Sur le sellette*, Foucault evidencia que é justamente a partir do momento em que o poder se tornou menos brutal, visível e custoso que o modelo soberano de poder concedeu a participação democrática, ao menos aparente.

Esse novo modelo jurídico democrático foi ajustado em torno do conjunto de práticas disciplinares, direcionado principalmente pela

classe dominante e democraticamente representada (a burguesia). Assim, “Para que certo liberalismo burguês tenha sido possível no nível das instituições, foi preciso, no nível do que chamo os micro-poderes, um investimento muito denso nos indivíduos, foi preciso organizar a grade dos corpos e dos comportamentos. A disciplina é o avesso da democracia” (FOUCAULT, 2012, p. 38-39). Por essa razão, Foucault conclui que, quanto mais democracia há, mais disciplina há.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, o poder disciplinar se articula com as formas legais abstratas de uma forma tão refinada que, por mais que elas tenham um modo de operar aparentemente conflitante (pois uma produz e a outra reprime), essas realidades coexistem sem se anularem, pois atuam em âmbitos diferentes: a teoria jurídica atua em níveis formais, de modo a conferir legitimidade às práticas punitivas e o poder disciplinar, ao impor vigilância perpétua, sanções normalizadoras e saberes acerca do corpo, impõe práticas nada humanistas, legitimadas pela soberania igualitária. Assim, as modalidades de exercício de poder se complementam e, ainda que exerçam práticas de poder aparentemente opostas, são capazes de coexistir sem conflitarem.

Pode-se dizer que as disciplinas preenchem o “desenho institucional” imposto pelas formas legais, constituindo, em uma primeira análise, uma espécie de infradireito. Mas, com o prolongamento disciplinar das vias jurídicas até um nível infinitesimal das exigências singulares, as teorias e as formas gerais, definidas por esse quadro “universal” do direito, acabam por ser perpassadas e, até, definidas pelo sistema disciplinar, que dita o modo como serão operacionalizados os dispositivos que se inserem no quadro universal de direito. Tal elemento remonta à definição de dispositivo de Deleuze, em que o genealogista, ao cartografar as linhas do poder, descobre práticas que são decisivas em um sistema global de dominação, mas que, por si só, não o determina.

O que se pode dizer é que o jurídico, ao se impor como universal, deixa espaço para que as práticas disciplinares se materializem. No entanto, disso não se deve entender que as práticas sejam restritas ao direito, dado que, muitas vezes, até deturpam os princípios legais

democráticos da lei a fim de poderem chegar ao seu “fim maior”, que é normalizar. As disciplinas constituíram um tipo de direito fazendo-o mudar de escala, e assim tornando-o mais minucioso e estendido. Desse modo, deve-se, antes, analisar as disciplinas como uma espécie de contradireto, porque elas possuem o papel de introduzir assimetrias insuperáveis e excluir reciprocidades.

As instituições disciplinares, ao individualizarem o corpo, constituem uma enorme gama de saberes acerca de seu objeto, de modo a constituir corpos dóceis e sujeitá-los ao sistema produtivo. Por conseguinte, a mera repressão legal não é o único modelo existente. As disciplinas produzem, normalizam, incitam e sancionam por inúmeros dispositivos de poder que tangenciam, veiculam e até conflitam com os quadros gerais legais. Isso porque a lei, ao remeter à uma noção de soberania, não atua nos níveis locais das práticas, campo que fica relegado às práticas disciplinares que, por sua vez, são legitimadas pelas teorias soberanas. Logo, por mais que as disciplinas diferenciem e hierarquizem (conflitando com uma igualdade material e formal), elas o fazem de modo a sustentar um modelo soberano, funcionando como o avesso ou a face oculta de um sistema jurídico democrático parlamentar representativo artificialmente naturalizado na modernidade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, E. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

DELEUZE, G. *Qu'est-ce qu'un dispositif?* In. *Michel Foucault philosophe: Rencontre internationale*, Paris 9, 10, II janvier 1988. Seuil/Gallimard, 1989.

DREYFUS; RABINOW. *Michel Foucault: Uma trajetória Filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carreiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FONSECA, M. A. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: EDUC, 2003.

_____. ‘Normalização e o direito’. In. *Retratos de Foucault*. Rio de Janeiro: Nau, 2000.

FOUCAULT, M. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. *Ditos e Escritos VIII: Michel Foucault, Segurança, Penalidade e Prisão*. Org. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *La société punitive*. Édition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Daniel Defert. Seuil/Gallimard: 2013.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 18ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

MONOD, Jean-Claude. *Foucault: La police des conduites*. Paris: Éditions Muchalon, 1997.

MUCHAIL, S. T. *Foucault, simplesmente*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

REVEL, J. *Foucault: conceitos essenciais*. Trad. Carlos Piovezani Filho e Nilton Milanez. São Carlos: Claraluz, 2005.

SMART, B. *Michel Foucault: Revised Edition*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2002.

VEYNE, P. Michel Foucault, *O pensamento, a pessoa*. Tradução de Luís Lima. Lisboa: Edições Texto e Grafia, 2009.

Recebido em 16/3/2017

Aprovado em 11/5/2017

10

GESTÃO JUDICIÁRIA E VOLUNTARIADO: A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG) NA CRIAÇÃO DO NÚCLEO DO VOLUNTARIADO

(JUDICIAL MANAGEMENT AND VOLUNTEERING:
THE EXPERIENCE OF THE COURT OF JUSTICE
OF MINAS GERAIS IN THE CREATION OF THE
VOLUNTEERING CENTRE)

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes¹

RESUMO

O Trabalho tem por objetivo discutir as diretrizes de um modelo de gestão judiciária que tenha entre os seus fundamentos o voluntariado, tendo como foco a experiência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na construção da rede de voluntariados, justificado na missão do Poder Judiciário: realizar Justiça, bem como na sua visão: ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo da realização da justiça. A construção do modelo de gestão pelo voluntariado deve ser realizada em conjunto pelos voluntários e pelos destinatários dos serviços, através da ação social catalisada pela organização Tribunal de Justiça de Minas Gerais em colaboração com os demais parceiros da rede de voluntariados.

¹ Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte/MG. Trabalho apresentado durante o Curso de Especialização em Gestão Judiciária UNB/TJMG.

Palavras-chave: Voluntariado; Gestão judiciária; Justiça; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The purpose of this work is to discuss the guidelines of a model of judicial management that has among its foundations volunteering, focusing on the experience of the Court of Justice of Minas Gerais in the construction of the network of volunteers, justified in the mission of the Judiciary : perform Justice, as well as in its vision: to be recognized by society as an effective instrument for the realization of justice. The construction of the management model by volunteering must be carried out jointly by the volunteers and the recipients of the services, through the social action catalyzed by the organization Justice Court of Minas Gerais in collaboration with the other partners of the network of volunteers

Keywords: Volunteering; Judicial management; Justice. Judiciary.

Sumário: 1 Introdução; 2 O voluntariado como caminho ético necessário para refundar a missão do Poder Judiciário; 3 Contribuições do sistema de voluntariado para o planejamento estratégico; 4 Percepções sobre o cenário administrativo encontrado; 5 O Direito fundamentado na justiça: a realização da justiça como propósito da produção normativa e da interpretação judicial e administrativa; 6 A experiência do Núcleo de Voluntariado no TJMG; 7 Considerações finais; 8 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se entender o processo de negócio como um conjunto de atividades relacionado com o objetivo essencial da organização. Pois bem, a organização Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), como parte do Poder Judiciário, tem a sua missão vinculada a uma virtude: a Justiça. Assim, entre os propósitos do TJMG estão a prestação jurisdicional e as ações de modificação social.

Para tanto, foi firmado pelo TJMG Memorando de Entendimento (MoU), assinado em 9 de maio de 2016, com o Programa de Voluntários das Nações Unidas (VNU), administrado pelo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), órgão subsidiário das

Nações Unidas, e criado o Núcleo de Voluntariado do TJMG (NV/TJMG), através da Portaria Conjunta nº 543/PR/2016.

O objetivo do programa está consubstanciado no desencadeamento de um processo de posicionamento do sistema de voluntariado na vanguarda da gestão orientada para a responsabilidade social. Para tanto, é buscada a construção de um modelo de gestão que leve em conta entre os seus fundamentos a prática do Voluntariado, como forma de estimular a criatividade e o sentimento de pertencimento dos componentes da organização, além de possibilitar que o modelo gerencial do TJMG se adeque à ampla missão do Poder Judiciário.

Aguarda-se, de forma ambiciosa, que a maior parte dos componentes do TJMG, e não apenas aqueles engajados em ações sociais, tenham contato com a cultura do voluntariado a ser implementada durante o processo de educação da organização, permitindo o maior envolvimento dos servidores de todos os níveis e estimulando a apresentação de soluções criativas para os obstáculos que periodicamente surgirão. Em relação à sociedade, da mesma forma, há que se perceber que os resultados sociais e a consolidação de conquistas civilizatórias em muito ultrapassam o conceito binário de produtividade – *input/output* – assim como superam o mero registro de resultados – *income* – tendo os efeitos do processo benefícios vários para a sociedade, em seus diversos segmentos, auxiliando na construção de políticas públicas, na universalização do acesso ao Poder Judiciário como instrumento de garantia de direitos sociais e na melhoria na eficiência do processo de gestão judiciária.

O trabalho que se apresenta segue o caminho da justificativa da construção de um modelo de gestão no âmbito do TJMG estruturado no voluntariado, com atuação complementar, solidária e inovadora em relação à política de gestão por resultados já adotada pelo TJMG. Primeiro será discutido o Voluntariado, como prática social transformadora e atividade vinculada à missão do poder Judiciário. Em um segundo momento, o diálogo que se propõem alcança as adaptações nos princípios, normas e funções gerenciais para o Voluntariado, o cenário encontrado na organização, bem como os questionamentos jurídicos que se apresentam em um sistema de rede com participação de órgãos públicos. Por fim, será apresentada a experiência que está a se iniciar no TJMG.

2. O VOLUNTARIADO COMO CAMINHO ÉTICO NECESSÁRIO PARA REFUNDAR A MISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O objetivo do Poder Judiciário, por meio das organizações que o compõem, está vinculado à sua missão: realizar justiça. Na linha aristotélica, a justiça é destacada como virtude ética, pois é a única que se relaciona com o outro.

Por consequência, o propósito da organização Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como parte do Poder Judiciário, está atrelado à sua missão e, portanto, conclui-se que as suas ações sociais transcendem a prestação jurisdicional para alcançarem as ações de modificação social.

Em um discurso de supremacia judicial, com ascendência da Constituição como norma fundamental e o Poder Judiciário como seu guardião primeiro, princípios como da dignidade da pessoa (inciso III do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988) e do objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização imposto à República Brasileira (inciso III do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988), dos quais decorrem a noção de mínimo existencial, assumem particular relevo na estruturação do propósito das organizações que constituem o Poder Judiciário.

O próprio Supremo Tribunal Federal adotou uma posição protagonista ao decidir o caso ADPF – RG 347 (2015) e justificar a intervenção do Poder Judiciário para viabilizar o acesso a direitos injustamente recusados pelo Estado, com uma ação assertiva e catalisadora, quando tal implicar em ameaça ao mínimo existencial e, portanto, violação de direitos fundamentais.

Não se deve olvidar, ademais, que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal nº 678, de 6 de novembro de 1992, que reconhece o propósito de consolidar, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem.

E, como já constante no Memorando de Entendimento firmado pelo TJMG com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), se a Missão do Poder Judiciário é a

realização da Justiça, a sua Visão se concretiza no reconhecimento pela sociedade das organizações do Poder Judiciário como instrumentos efetivos de justiça, equidade e paz social, expressando para tanto a responsabilidade social como atributo de valor para a sociedade, associadas às diretrizes do Planejamento Estratégico de cada Tribunal, alinhadas com metas nacionais editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), que ressaltam a postura e adoção de práticas, ações e iniciativas em benefício da sociedade e dos mais vulneráveis.

Em regra, o auxílio organizacional é iniciado através de uma linha assistencialista, passando pela filantropia, pelo voluntariado clássico até chegar ao voluntariado transformador. Um longo caminho que segue a ideia de ultrapassar a busca pela contenção das vulnerabilidades emergenciais dos assistidos para atingir uma ação transformadora, com o incremento das potencialidades dos partícipes do processo que o construirão em conjunto.

O assistencialismo puro pode potencialmente perpetuar uma situação de falta de vitalidade do necessitado, embora seja emergencialmente necessário. Já a filantropia pode tanto ter a roupagem de benemerência quanto assumir uma ação modificadora próxima do voluntariado clássico ou semelhante ao empreendedorismo social. O voluntariado clássico, por sua vez, busca desenvolver vínculos de solidariedade entre os indivíduos que o abraçam, assim como liames de confiança e reciprocidade entre os afetados, tendo o condão de transformar a vida dos vulneráveis e de combater as desigualdades sociais através das contribuições sociais e econômicas que produz, como não deixa de ser a linha do próprio Programa dos Voluntários das Nações Unidas (UNV).

Aliás, expresso no Memorando de Entendimento firmado pelo TJMG com a ONU, estão entre os escopos da atividade do voluntariado a busca pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), refletido na aprovação no âmbito da ONU da Declaração Transformando Nosso Mundo, não perdendo de vista que a Agenda de Desenvolvimento 2030 para o Desenvolvimento Sustentável contempla a erradicação da pobreza e da fome; o bem-estar de todos; a igualdade de gênero, o acesso igualitário e de qualidade à educação; a melhoria dos assentamentos humanos; a promoção do desenvolvimento econômico sustentável e inclusivo; a preservação do meio ambiente

em todas as suas dimensões e a redução da desigualdade entre os países e dentro deles.

Não se deve olvidar, todavia, das pertinentes críticas de BEZERRA (2009) ao voluntariado contemporâneo clássico, que enfatiza uma solidariedade indiferenciada, egótica e singularizada na ação do voluntário, esse que se entende como prático de ações de cidadania ao conceder pontualmente ao outro bens e serviços sociais emergenciais, que não se traduzem em direitos sociais e acabam por perpetuar o distanciamento de segmentos pauperizados do conflito democrático legítimo e indispensável à conquista da cidadania social.

No mesmo diapasão, TELLES (1999) acrescenta que direitos sociais não se resumem às respostas laterais às necessidades emergenciais, pois a cidadania é construída também no dissenso, porquanto o conflito democrático é essencial na construção da cidadania social, sendo necessário para tanto a participação de todos, não só dos que se voluntariam, na deliberação das políticas públicas que a todos afetarão.

É importante que se diga, na linha do pensamento de MINTZBERG, AHLSTRAND e LAMPEL (2010), que a formulação da estratégia na administração é fruto de um aprendizado constante, forjada na interação social, cooperação e no próprio conflito.

Assim o mote do voluntariado transformador deve ultrapassar as concepções clássicas, com a incorporação à sua natureza da necessidade de não só trabalhar PARA o Outro, mas, sim, construir COM os demais afetados pela ação organizada um processo de gestão que possibilite o acesso a direitos e a edificação de políticas públicas inclusivas.

Em verdade, em um mundo em constante e rápida transformação, em pleno *Völkerwanderun*² pós-moderno, onde milhões de pessoas precisam de assistência para sobreviver, o conceito de voluntariado deve ultrapassar o caráter individualista e assistencialista para atingir o patamar de ação participativa e modificadora da sociedade.

Todavia, o reflexo econômico e social do voluntariado clássico é marcante, como se nota pelo estudo realizado por SODRÉ (2012, p. 4), que indica que o voluntariado movimenta cerca de 140 milhões de

² Movimentação de povos, normalmente impulsionados pela miséria, guerras e totalitarismo.

pessoas em todo o mundo, sendo dezenas de milhões só no Brasil, com uma contribuição econômica que totaliza US\$ 400 bilhões por ano, representando, em média, 2,7% do Produto Interno Bruto (PIB) dos países desenvolvidos e cerca de 2% do PIB de países como o Brasil.

Pelo volume de pessoas e recursos movimentados e diante da distorção como política pública na ênfase na autonomia individual do voluntário como preponderante das ações solidárias voltadas ao combate às desigualdades sociais, é necessário um passo à frente.

Os novos tempos exigem um voluntariado bem mais estruturado e comprometido com o objetivo de diminuição da miséria e da pobreza e da preservação do meio ambiente equilibrado, sem que haja a exclusão do Estado como suporte e catalisador das organizações da sociedade civil que promovem o voluntariado e motivador de maior participação social.

A busca é então pelo equilíbrio: a construção de uma rede de voluntariados, constituída por núcleos autônomos em cada organização, privada ou pública como o TJMG, que têm a incumbência de recrutar, organizar e catalisar os esforços voluntários dos seus componentes para iniciativas interna e ações externas conglobantes com os demais parceiros, com participação efetiva dos destinatários finais, tendo sempre em vista o propósito de transformar positivamente a vida dos segmentos mais vulneráveis da sociedade e potencializar os laços dos voluntários, fortalecendo a missão do Poder Judiciário.

Passemos, aos desafios administrativos e jurídicos encontrados na formação do Núcleo de Voluntariado do TJMG para alcançar tal desiderato.

3. CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA DE VOLUNTARIADO PARA O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Conforme BATISTA (2012), a gestão do conhecimento da administração pública deve buscar produzir resultados efetivos para o cidadão com estrita observância dos princípios básicos da administração pública, preconizados pelo artigo 37 da Constituição da República (1988), tendo em vista o desenvolvimento sustentável.

Na linha de PORTER (1996), a estratégia não deveria ser sobreposta pela eficiência operacional na busca de excelência e na realização de vantagens competitivas sustentáveis, pois as técnicas de gestão transmudam o ambiente de início produtivo, com melhoras nos índices qualitativos, de entrega de resultados, com menor custo, reposição de produtos e manutenção de serviços, em uma luta antropofágica sob as mesmas bases competitivas refletida na convergência competitiva.

Por outro lado, a pasteurização da diferenciação trazida pela imitação e acomodação decorrente do predomínio da eficiência operacional, quando se torna mais fácil copiar e estabilizar do que criar e evoluir, é mitigada quando é enfatizado o posicionamento estratégico, que significa exercer atividades diferentes ou exercer atividades semelhantes de um modo diferente de acordo com os novos desafios que são encontrados.

O planejamento estratégico apresenta o suporte para que as decisões administrativas tenham o risco diminuído perante o ambiente em constante e rápida mutação, podendo, para tanto, envolver os níveis estratégico, gerencial e operacional, lançando mão de um sistema de inteligência compartilhado, flexível, preciso e rápido, amparado por ferramentas de tecnologia da informação e estruturado em rede. Com isso, além de perscrutar com eficiência o ambiente externo, a participação e o estímulo ao sentimento de pertencimento das diversas pessoas que fazem a organização, a cultura, no nosso caso a do voluntariado, é disseminada e ajuda a construir o processo de aprendizado estratégico que definirá não só um novo modelo de liderança e de atuação, mais democrático, estimulante e legítimo, mas também o propósito da organização e a justificativa social de sua existência.

Pois bem, se a escolha é o grande problema da pós-modernidade, a adaptação aos novos ambientes exige a plasticidade do gestor, o reconhecimento das mudanças e da necessidade de *trade offs*, ou seja, de escolhas de prioridades e compromissos com o conseqüente sacrifício de outras. E, na esteira de PORTER (1996), é a estratégia, e não a eficiência operacional, o melhor campo para fazer escolhas.

No caso de uma organização como as pertencentes ao Poder Judiciário, que não deveriam estar situadas em um ambiente de competição, pois os serviços devem ser prestados em complementaridade aos

demais órgãos governamentais e da sociedade civil, nem deveriam estar vinculados primordialmente à eficiência operacional importada do mercado, o *trade off* deve ser observado em nova perspectiva, levando em conta o caráter vinculativo e universal do serviço prestado e a percepção da estratégia como mote de inovação e relacionamento com o público estruturas que são potencializadas pelo desenvolvimento do voluntariado organizacional.

Com efeito, o posicionamento baseado em necessidades demonstra a prioridade de adaptação de acordo com a mudança do perfil do jurisdicionado e do reconhecimento da própria missão do Poder Judiciário, com a maior relevância das informações e acesso aos serviços judiciários pelos estratos mais vulneráveis da sociedade, que possuem um arcabouço de direitos, porém não tem como acessá-los.

Não se deve olvidar, igualmente, que a ação finalística para ser bem-sucedida em sua execução deve considerar as expectativas do público estratégico, os *stakeholders*, com o envolvimento de todos os intervenientes, primando pelo comportamento, ou seja, a lisura do objetivo perseguido é resultado do caminho trilhado.

Por consequência, todos os destinatários dos serviços judiciais e judiciários – inclusive os mais vulneráveis – devem ser considerados *stakeholders*, notório conceito firmado pelo filósofo Robert Edward Freeman, pois envolvidos em um processo duradouro dos Tribunais, consubstanciado na missão do Poder Judiciário, e, portanto, elementos essenciais ao planejamento estratégico de negócios.

Em verdade, o espectro daqueles que afetam as organizações judiciárias e por ela são influenciados, dos servidores às comunidades, passando pelos fornecedores, mídia, governos e jurisdicionados em geral, tanto pela natureza das operações que realizam quanto em razão do ambiente que partilham, traduzem a essencialidade da atividade judiciária para a estabilidade social, legitimando-a no momento que busca o socialmente desejável para a própria organização e para a sociedade.

O próprio critério de urgência (GU), também definidor dos *stakeholders*, que no caso dos serviços judiciários se transmuda no conceito de morosidade, ao ser associado ao grau de poder e de legitimidade, deve ser ponderado com a natureza constitucional da própria atividade-fim do

Judiciário, que se traduz na realização de uma virtude: a Justiça, e pela busca diuturna da consolidação dos valores civilizatórios.

Assim, no caso da organização judiciária, a sociedade se confunde com o *stakeholder* definitivo, com ênfase no grau de poder (GP), representado pela influência direta em sua atuação das alterações sociais, seja através do desenvolvimento jurisprudencial, em conta das diferentes situações que chegam às cortes de justiça, seja pela discussão dos recursos que devem ou não ser alocados para a Administração da Justiça. Igualmente, o desejo da atuação dos atores sociais, refletida no grau de legitimidade (GL), está intrinsecamente ligada à própria natureza do Judiciário, pois cabe à sociedade syndicar todos os atos judiciais, com transparência (*accountability*), para que os mesmos tenham valor. Sem perder de vista que as questões sociais levadas ao Judiciário são, em regra, de alta sensibilidade e criticalidade (GU), tanto que o princípio da efetividade e do tempo de duração razoável do processo foram positivadas exatamente para sedimentar tal assertiva e permitir que os princípios constitucionais, entre eles o do mínimo existencial, não sejam solapados pelo tempo.

O modelo de gestão que se busca nessa sociedade de informação é distinto do racionalista e não se contenta com a ênfase que vem sendo dada na eficiência operacional, com o desenvolvimento de estudos e alocação massiva de recursos em ferramentas não paramétricas, como a Análise Envoltória de Dados (DEA), para a avaliação da eficiência técnica (produtividade) comparativas de Unidades Tomadoras de Decisão (DMU), de acordo com uma relação binária de entradas de recursos e saídas de produtos e serviços (*input/output*) e, por vezes, de resultados (*income*).

Em verdade, o imprevisível e o imponderável passaram a ser reconhecidos nas avaliações de certos comportamentos ambientais, assim como a existência de valores intangíveis cuja proteção e garantia passaram a ser resultados desejados. Por conseguinte, transparece a necessidade do estímulo da criatividade e da partilha do conhecimento – que não se confunde com a sua fragmentação – através do estímulo de ações proativas, descentralizadas, com a coordenação dinâmica de núcleos de conhecimento ligados em rede formados por pessoas

que partilham propósitos organizacionais semelhantes e direcionados também para finalidades de transformação social.

A estruturação solidária em um desenho de rede, amparado em uma plataforma multifocal, com foco no aprendizado e disseminação da cultura do voluntariado por toda organização como mote estratégico, também serve de instrumento para a consecução dos resultados e traz transformações críticas no sistema de liderança, que deve ser voltada então ao planejamento estratégico e gestão de conhecimento e apta a entender demandas internas, perceber oportunidades, estimular a criatividade dos parceiros em sentido lato, mesmo que em detrimento das rotinas, com vistas a servir de catalisador para o desenvolvimento do capital intelectual, reduzindo as vulnerabilidades e potencializando as virtudes não só no mesossistema e no exossistema, mas também no macrossistema social.

Para tanto, a utilização da tecnologia da informação (TI) e dos sistemas de informação (SI) na gestão pública do voluntariado são essenciais para evitar o desperdício dos recursos alavancados, públicos ou não, não perdendo de vista que a efetividade significa eficiência associada à eficácia, ou seja, resultados com qualidade, evitando-se o retrabalho, o descumprimento de normas e o atraso injustificado, que podem significar em uma situação emergencial a diferença entre o auxílio efetivo e a consumação de um dano ambiental, social ou familiar permanente.

Aliás, em uma mudança de perspectiva, a interação ultrapassa a função do *benchmark* como ferramenta para o gestor estratégico de informação obter vantagens comparativas, pois além de os modelos e experiências coletadas na sociedade servirem como inspiração e permitirem o descarte comportamentos desnecessários, propiciando a remodelação de procedimentos gerenciais com o escopo de melhorar a performance, como não se está em um ambiente competitivo, mas, sim, solidário, a ideia de compartilhar as próprias experiências e exportar a expertise adquirida fazem parte do próprio propósito da organização pública.

Diante então da velocidade e integração do fluxo de suprimentos em uma rede solidária, os instrumentos de *accountability*, possibilitando que a sociedade, o Estado e todos os parceiros possam syndicar

toda a gestão, são essenciais. A transparência será tanto mais efetiva quanto forem os *stakeholders* esclarecidos da necessidade de fiscalização e os instrumentos de comunicação forem de fácil acesso, confiáveis, em linguagem simples e com informações em tempo real.

4. PERCEPÇÕES SOBRE O CENÁRIO ADMINISTRATIVO ENCONTRADO

A organização Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como representativa de outros tribunais de grande porte, possui simbolizando sua estrutura administrativa um organograma simples, sendo também utilizado um *design* direto para a concepção do Mapa Estratégico, tendo como norte a melhoria na efetividade da prestação jurisdicional, de acordo com a Missão preconizada, e está de acordo com a apresentação de metas, consubstanciadas em macrodesafios.

Assim, mesmo com o salto qualitativo trazido pelo o advento da Resolução nº 823 (2016) sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do TJMG, normalmente no âmbito do Poder Judiciário nacional as ações estratégicas enfatizam à diminuição quantitativa do acervo de processos, com ênfase no maior atendimento da demanda, preocupação com o nível de criticidade, resolução de conflitos através da conciliação, fatos que apresentam uma preocupação estatística não necessariamente vinculada primordialmente à qualidade da prestação jurisdicional, embora não se perca de vista a busca constante do respeito à duração razoável do processo.

O planejamento estratégico e o plano de gestão seguem a busca na efetividade na prestação jurisdicional, através da identificação das tendências atuais e busca de um cenário desejado através da formulação de macrodesafios, porém por vezes peca em concentrar esforços na administração dos efeitos de uma anomalia, em vez de discutir suas causas. Assim, o Poder Judiciário passa de *ultima* à *prima ratio* na resolução de conflitos, situação, inclusive, estimulada pelo próprio Judiciário.

A partilha de funções em equipes pequenas e o compartilhamento de rotinas são objetivos comuns das organizações do Poder Judiciário, tendo sido investido uma quantidade importante de recursos para homogeneização das ações, todavia a estrutura é enorme e diversificada,

o que dificulta a análise sistemática das informações comparativas, sem contar que o processo de liderança é historicamente concentrado, já que não é conquistado e, sim, concedido por uma autoridade formal.

Os Sistemas apoiam a Estrutura e a Estratégia, mas quando o fluxo e as próprias decisões são adotados de forma concentrada, de cima para baixo, resta maculado o sentimento de pertencimento dos componentes da organização em relação aos seus valores.

De qualquer forma, jurisdicionados e o restante da sociedade se confundem, levando em conta o caráter público das ações do Judiciário e das decisões judicantes, que tem por função, na linha do professor da Universidade Yale Owen FISS (2004), de desempenhar a função no quadro institucional de dar significado aos valores públicos e civilizatórios, inclusive levando em conta o bem-estar das gerações futuras, e não apenas resolver conflitos através da prestação jurisdicional básica.

É certo quanto ao processo de democratização de ideias que o fluxo de decisões concentradas, sem o envolvimento de vários setores da organização na formulação das estratégias, leva ao desperdício de recursos e dificulta a implementação em razão da ausência de pertencimento, não perdendo de vista que a Visão do Poder Judiciário, como se vê na registrada pelo TJMG, deve ser o reconhecimento também interno de excelência de sua atuação.

Todavia, o vínculo ético do TJMG deve levar ao esclarecimento da sociedade sobre a função essencial do Judiciário não só como pilar da Democracia e da própria República, mas como conquista civilizatória, pois, conforme MINTZBERG, AHLSTRAND e LAMPEL (2010), a estratégia é integradora e, por consequência, existe a necessidade de observância dos valores éticos para a sua formulação.

De toda forma, ainda há muito espaço no Poder Judiciário para o posicionamento baseado em valores fundados na ética, acessibilidade, promoção da paz social e da justiça, valorização das pessoas e responsabilidade social, fato que demonstra a necessidade de adaptação de acordo com a mudança do perfil do jurisdicionado e da própria missão do Poder Judiciário, com a maior necessidade de informações e acesso a serviços jurisdicionais para certos estratos da

população, como as pessoas em situação de rua e demais segmentos vulneráveis, que possuem um arcabouço de direitos, porém não tem como acessá-los.

Deve-se buscar um desenvolvimento gerencial integrativo, com ênfase na função e no estudo do processo de mudança e transformação organizacional, dando força ao planejamento e a gestão estratégica, passando-se, então, de forma inversa ao que a realidade nos mostra, a compatibilizar as necessidades sociais às necessidades técnicas das organizações.

5. O DIREITO FUNDAMENTADO NA JUSTIÇA: A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA COMO PROPÓSITO DA PRODUÇÃO NORMATIVA E DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA

A disseminação da cultura do voluntariado na organização de natureza de direito público e a participação desta na Rede Estadual traz desafios jurídicos vários.

Em verdade, as ações internas veiculadas pelo Núcleo do Voluntariado (NV/TJMG) passam pela relação do servidor com a organização TJMG, com efeitos no plano de carreira que estão a exigir alterações normativas. Os obstáculos também devem ser enfrentados na relação do TJMG com os demais parceiros em um ambiente de rede, pois as ações dos órgãos do Poder Judiciário são reguladas e estruturadas legalmente.

No caso da participação do Poder Judiciário na Rede de Voluntariados, há que se perceber a presença de atividade colaborativa que envolve entidades de direito privado e direito público, com transferência de recursos públicos ou não, que se sujeitam ao controle do Estado em razão da natureza jurídica do instrumento seminal, ainda que observando a flexibilidade das ações individualizadas realizadas através de uma plataforma, sobrelevando sempre a orientação humanitária caracterizadora dos fins públicos, qualificados pela natureza da entidade destinatária e da atividade não lucrativa.

Cria-se um ambiente colaborativo que deverá ser estruturado como uma incubadora de projetos, um sítio catalisador de ideias e um facilitador de encontros entre entidades do Primeiro, Segundo e

Terceiro Setor, mas sem se olvidar que a presença de organizações públicas altera o regime jurídico dos relacionamentos que serão construídos.

Com efeito, a toada que seguem as parcerias públicas leva à formalização dos interesses convergentes através de consórcios públicos e convênios, não perdendo de vista que em relação a estes não se admite a realização de despesas a título de administração, mas se faz necessária a realização de prévio processo licitatório, de acordo com os artigos 37, XXI, e 241 da Constituição da República (1988) e artigo 116 da Lei nº 8.666/1993.

Por outro lado, é bom que se diga que as organizações de natureza de direito privado que amparam as ações voluntárias são corriqueiramente pertencentes ao Terceiro Setor e, por conseguinte, estão, em regra, submetidas ao respectivo marco regulatório construído pelo advento da Lei nº 13.019/2014, máxime pelo fato de a regulamentação do trabalho voluntário no Brasil, definida pela Lei nº 9.608 (1998), estar voltada primordialmente para a pessoa física prestadora de serviço voluntário.

A crítica levantada por YAZBEK (2000) sobre o crescimento do Terceiro Setor, como sequência de um a política assistencialista dos demais setores, Estado e Mercado, que desloca a questão da pobreza de um espaço politicamente construído de diálogo – e mesmo de dissenso e ação social – para a assepsia da gestão tecnicista filantrópica, é forte, porém se confronta com uma realidade de estruturação de um sem-número de iniciativas socioeconômicas realizadas diuturnamente por organizações não governamentais, como se nota pelo trabalho de FALCÃO, GUERRA e ALMEIDA (2013). A questão que se sobreleva, então, ainda na esteira de YAZBEK (2000) é como tratar o controle da gestão privada de financiamento público, em um sistema de rede, privilegiando-se a qualidade e não a estatística quantitativa como significativo de eficiência.

Di Pietro (2015) ensina que a regra em se tratando de entidades com personalidade jurídica de direito privado é que o direito público se aplica somente quando existe norma expressa que o determine.

Sem embargo, quando se tratar de manejo e destinação de recursos públicos é necessário se ter em mente os princípios constitucionais da Administração Pública, sendo indispensável a prestação de contas

perante a unidade gestora, assegurada a publicidade e a transparência na destinação dos recursos, o que reflete o controle público e social de sua aplicação, como, aliás, já definiu o c. Supremo Tribunal Federal ao tratar do caso ADI 1.923, ao tratar das entidades do Terceiro Setor.

Por consequência, as Organizações Sociais (OS), entidades sem fins lucrativos colaborativas do terceiro setor e que prestam serviços por delegação do Poder Público, em regime jurídico de direito privado, por gerirem patrimônio público a elas transferido em substituição ao Poder Público naquela atividade específica, têm delimitada sua atuação através de um contrato de gestão com o Poder Público, sendo, inclusive, a necessária licitação quanto às contratações de terceiros, na forma da Lei nº 9.637/1998.

As parcerias voluntárias firmadas entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil (OSC), gênero que exclui as OS's, por sua vez, devem seguir a disciplina da Lei nº 13.019/2014. Nesse diapasão, também as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), também constituídas por entidades privadas sem fins lucrativos, são submetidas ao controle público.

Há que se perceber que os recursos não perdem sua natureza pública com a transferência para as organizações privadas. Essas, por sua vez, quando recebem recursos qualificados, ainda que por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, com a recomendação de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parcerias e a constituição do vínculo mediante instrumentos consubstanciados em termos de colaboração e de fomento, supervisionados pelo órgão do Poder Público e pelos Conselhos de Políticas Públicas, devem prestar contas de acordo com a estruturação do Direito Administrativo.

O importante, todavia, é adequar a agilidade, independência e autonomia das ações sociais com a transparência da utilização de recursos públicos em iniciativas de organizações privadas. O gerenciamento da rede de comunicação é medida essencial para atingir tal objetivo no âmbito do voluntariado.

6. A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE VOLUNTARIADO NO TJMG

A estruturação de uma rede de trabalho voluntário, voltada para ações sociais com a participação do TJMG iniciou-se com o então projeto, hoje programa, Termo de Cooperação Técnica nº 16, de 20 de maio de 2015, denominado “Rua do Respeito”, firmado com o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) e o Serviço Voluntário de Assistência Social de Minas Gerais (SERVAS), que tem por escopo o voluntariado organizacional voltado às políticas públicas destinadas às pessoas em situação de rua.

O dono em termos gerenciais do referido processo, como setor responsável pelo desenho e desempenho final do programa e pela prestação de contas sobre sua execução, foi, no âmbito do TJMG, a sua Presidência³, bem como o subprocesso Recomendação Conjunta 001/2015, teve como gestor o Corregedor-Geral de Justiça.

O processo em questão, que segue a linha de voluntariado, tem como objetivos desenvolver a cultura do voluntariado no âmbito da organização TJMG, nos moldes da Lei nº 9.608/1998, Decreto Federal nº 7.053 (2009) e Lei Estadual nº 20.846/2013, a ponto ser inserido no planejamento estratégico da organização, bem como promover ações que viabilizem o acesso a direitos básicos às pessoas em situação e rua, combate ao preconceito, participação nas discussões sobre políticas públicas com as pessoas em situação de rua e seus representantes e transposição da condição de rua para uma maior inclusão social de referido grupo populacional.

Por se tratar de processo de voluntariado em rede, os fornecedores e insumos são diversificados com o cadastro mutável de demandas por trabalho voluntário, levantamento de oportunidades por trabalho voluntário, criação de uma plataforma e uma base de dados para interconexão. Ou seja, os insumos se baseiam em dados de pessoas jurídicas parceiras que oferecem serviços e recursos confrontados com as necessidades prementes de auxílio às políticas públicas específicas.

³ A iniciar com o presidente Des. Pedro Bitencourt e corregedor Des. Antônio Sérvulo e ser desenvolvida na gestão do presidente Des. Herbert Carneiro e corregedor Des. André Leite Praça.

A análise dos custos do processo, como instrumento de gerenciamento, mesmo se utilizadas metodologias como da curva *Activity Based Costing* (ABC) – Atividade Baseada no Custo –, se mostrou limitada, levando em conta as peculiaridades da população assistida, então é importante para mensurar os gastos a serem partilhados pelos parceiros, ainda que as ações não sejam convertidas em orçamento financeiro, através de horas de trabalho doadas.

Como desdobramento da experiência da “Rua do Respeito” foram iniciados os contatos com a UNV/PNUD, acabando por redundar na assinatura do Memorando de Entendimentos (MoU), em maio de 2016, contando ainda como signatários o Estado de Minas Gerais, SERVAS e o Ministério Público de Minas Gerais.

O Estado de Minas Gerais, de forma paralela, programou a edição e decreto instituidor do Programa Estadual de Voluntariado Transformador, Decreto nº 47.074, de 01 de novembro de 2016, com o objetivo de criar um marco de cooperação e facilitar a colaboração entre a Administração Pública Estadual e as demais entidades signatárias do Memorando de Entendimento em epígrafe, de forma não exclusiva, e em áreas de interesse comum, para mobilização e fomento de serviços voluntários em Minas Gerais, contribuindo para a consolidação da Rede de Voluntariado.

De uma forma ainda mais avançada, o TJMG criou o Núcleo de Voluntariado do TJMG (NV/TJMG), através da Portaria Conjunta nº 543/PR/2016⁴, com o objetivo de contribuir para a consolidação da Rede de Voluntariado do Estado de Minas Gerais, assim como para promover a disseminação da cultura do voluntariado na organização e coordenar as práticas de voluntariado no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O próximo passo foi o advento da Resolução nº 837/2016⁵, que instituiu a Rede de Voluntariado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – RV/TJMG e dispôs sobre sua organização e funcionamento, estruturando-a em sub-redes.

⁴ Tendo como presidente o Des. Manoel dos Reis Morais.

⁵ O juiz Marcus Vinicius Mendes do Valle foi o artífice da construção de referido ato normativo.

A ideia básica do NV/TJMG é atuar em três frentes principais: a uma, de forma clássica, seguindo as recomendações da Resolução nº 403 do Supremo Tribunal Federal (2009), com vistas a suprir necessidade de incentivo à consciência da responsabilidade social do cidadão com os seus deveres cívicos e o incentivo à solidariedade social, disciplinando o serviço voluntário realizado por magistrado, servidor, estagiário ou estudante de instituição de ensino conveniada, em ações internas.

A duas, de forma integrativa, com a criação de banco de dados próprio para identificar as ações de voluntariado realizadas pelos componentes do TJMG e em nome deste, institucionalizadas ou não, criando uma rede colaborativa e de informações, utilizando, para tanto, um cadastro que promova um sistema seguro, transparente, acessível e constantemente atualizado com as informações dos projetos de voluntariado existentes na organização e dos componentes que desejam se apresentar como voluntários.

Para tanto, o desenvolvimento de uma plataforma de comunicação própria é fundamental, inclusive para se evitar desperdícios nos serviços voluntários e monitorar as ações para que elas não fujam do seu desiderato. Tecnologias como a de *cloud computing*, computação nas nuvens, são muito bem-vindas, pois o compartilhamento de dados pode ser realizado por diversos aplicativos, com acesso direto à rede mundial de computadores, tornando a partilha de informações muito mais fácil.

A três, em rede externa, com a integração da organização TJMG na Rede de Voluntariado Estadual, com participação no comitê gestor para a definição das ações sociais que serão realizadas de forma compartilhada entre as organizações parceiras, com a definição da alocação de recursos públicos e a liberdade para o acoplamento ou não em projetos gestados pela Rede, com a estruturação normativa, sendo importante a construção de instrumento de combinação (*matching*) supervisionado, que hoje denominamos “Plataforma”.

Pelo sistema de *matching*, consubstanciado em uma plataforma interativa, através de um modelo matemático representativo das combinações mais estáveis entre os perfis do voluntário e das organizações destinatárias da ajuda, são desenvolvidas estratégias para evitar

o desperdício e dar maior efetividade ao auxílio que se propõem com ação interativa de voluntariado, dentro do ambiente da Rede.

A estruturação do modelo de gestão através do *design thinking*, igualmente, serve de apoio para a realização das ações organizacionais voluntárias.

Com efeito, experiências estudadas por Stickdorn e Schneider (2011), como a da NL Agency, pertencente ao Ministério da Economia da Holanda, que trabalha com a implementação em rede de políticas de sustentabilidade, inovação e cooperação internacional, estruturada na confiança e igualdade, assim como o trabalho denominado *Mypolice*, que traduz a interação de um sem número de instituições públicas, privadas e do terceiro setor, incluindo mais de cinquenta forças policiais por todo Reino Unido, com a constante produção de informações qualitativas, compartilhadas através de um *website*, sobre experiências dos usuários para a polícia, encorajando maior empatia da compreensão dos problemas, bem demonstram o sucesso das ações sociais em rede com a participação integrada de organizações públicas e privadas.

No diapasão dos estudos de Stickdorn e Schneider (2011), é importante que tanto o voluntário quanto o vulnerável destinatário dos serviços estejam no centro das atenções, no *bulleyes*, diante da importância vital de entender o comportamento de referidos stakeholders, com vistas a adaptar as ações sociais para que tenham elas maior efetividade, pois a co-criação verdadeira é baseada no desenvolvimento de soluções em conjunto com os voluntários e assistidos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deseja-se como resultados esperados do projeto de modelo de gestão para o Voluntariado, que parte da premissa da humanização do serviço público judiciário, a disseminação na organização TJMG da cultura do voluntariado, pela abordagem dos fundamentos do Voluntariado como arcabouço filosófico do modelo de gestão e estruturação sistêmica do modelo.

O longo caminho a ser percorrido passa pelo detalhamento dos conceitos, elementos e ferramentas do modelo de gestão, que sugere o processo educacional que já foi iniciado através dos fóruns e oficinas de capacitação. Também reflete a necessidade de regulamento

específico para aplicação do modelo de gestão para o voluntariado, bem como os métodos e procedimentos para aplicação das ferramentas de gestão definidas no modelo, que está a ser construído pelo Núcleo do Voluntariado do TJMG.

Na dimensão da Rede, o plano de implantação do modelo de gestão para o voluntariado, provoca a reestruturação das organizações parceiras para aplicação do sistema em rede, com a transferência e disseminação de conhecimento e habilidades técnicas de modo a empoderar a rede local, com o fito de fomentar continuamente a transparência, o engajamento, a responsabilidade compartilhada para a tomada de decisões.

De todo modo, há que se ter em mente que os destinatários internos do programa serão não só os voluntários, mas também todos os servidores do TJMG que terão contato com a cultura do voluntariado a ser implementada durante o processo de educação da organização, permitindo o maior envolvimento dos servidores de todos os níveis e estimulando a apresentação de soluções criativas para os obstáculos que periodicamente surgem.

Em relação aos destinatários externos – já que a palavra cliente é inadequada no caso – há que se perceber que os resultados sociais e consolidação de conquistas civilizatórias em muito ultrapassam o conceito binário de *input/output*, assim como superam o registro de *income*, tendo os resultados do processo benefícios vários para aqueles que estejam em situação de vulnerabilidade, auxiliando-os na transposição dessa condição ou os protegendo na defesa de seus direitos básicos.

De qualquer modo, perscrutar o propósito dos destinatários é fator essencial para a construção tanto do Núcleo do TJMG quanto da Rede Estadual de Voluntariado, pois a efetividade da ação social e a perenidade da ação voluntária escolhida será desenvolvida apenas se o trabalho for realizado com – e não apenas para ou pelo – os destinatários.

O mito pessoal do voluntário ao ser identificado e combinado com as ações sociais mediadas pela organização parceira estimulará o seu sentimento de pertencimento, bem como tem o condão de criar o liame com o destinatário, que muito ultrapassará o gesto de ajuda para transformá-lo no comprometimento com uma causa.

Da mesma forma, o destinatário do serviço voluntário, ao participar da formulação das ações, projetos e políticas públicas assume

o compromisso de ser parte da transformação, e não mais objeto de ações assistencialistas.

Por fim, a própria organização do Poder Judiciário pode redescobrir a razão primordial de sua existência, que é servir à sociedade, através da consolidação dos valores civilizatórios, mediante a busca do bem-estar social, tanto pela prestação jurisdicional quanto pelas ações de modificação social, que refletem a virtude de sua missão fundamental: realizar a justiça.

8. REFERÊNCIAS

BATISTA, Fábio Ferreira. *Modelo de gestão do conhecimento para a administração pública brasileira: como implementar a gestão do conhecimento para produzir resultados em benefício do cidadão*. Brasília: Ipea, 2012. Disponível em: <http://ead.cpgis.unb.br/pluginfile.php/2306/mod_resource/content/1/Livro%20Modelo%20de%20Gest%C3%A3o%20do%20Conhecimento%20para%20a%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20Brasileira.pdf>. Acesso em: out. 2016.

BEZERRA, Leila Maria Passos de Souza. *Re-significações híbridas de cidadania e solidariedade na experiência do voluntariado contemporâneo em Fortaleza-CE: entre a democratização e o neo-conservadorismo narcisista?*. ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – Fortaleza, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

----- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

----- Lei n.º 9.608, de 18 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 fev. 1998.

----- Lei n.º 9637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras

providências Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 maio. 1998.

----- Lei n.º 13019, de 31 de julho de 2014. Regulamenta Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 ago. 2014.

----- Decreto N°7053 de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24.12.2009.

----- Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1923 / DF - Distrito Federal; Relator(a): Min. Ayres Britto; Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux; Julgamento: 16/04/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%281923%2E%2E+OU+1923%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hq5q5m63>>. Acesso em outubro de 2016.

----- Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 347 MC/ DF - Distrito Federal; Relator(a): Min. Marco Aurélio; Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%29%28347%2E%2E+OU+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf8dq8jm63](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%281923%2E%2E+OU+1923%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hq5q5http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%29%28347%2E%2E+OU+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf8dq8jm63)>. Acesso em outubro de 2016.

----- Supremo Tribunal Federal. Resolução nª 403, de 4 de junho de 2009. Institui a prestação de serviço voluntário no Supremo Tribunal Federal. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 9 jun. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FALCAO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael (Orgs.). *Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MINAS GERAIS (Estado) Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Portaria Conjunta nº 543/PR/2016. Institui o Núcleo de Voluntariado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - NV/TJMG e dispõe sobre sua organização e funcionamento. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em ago. 2016.

MINTZBERG, H., AHLSTRAND, B., LAMPEL, J. *Safári de Estratégia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

PORTER, Michael. *O que é Estratégia?* Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/adm/asplam/estrategia.pdf>>. Acesso em set. 2016.

SODRÉ, Maria Cecília de Azevedo. *Perspectivas para um Sistema Nacional de Voluntariado*. Disponível em: <[file:///C:/Users/HOME/Downloads/Estudo%20UNESCO-%20infraestrutura%20de%20Voluntariado%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/HOME/Downloads/Estudo%20UNESCO-%20infraestrutura%20de%20Voluntariado%20(5).pdf)>. Acesso em: set. 2016.

STICKDORN, Marc. SCHNEIDER, Jakob. *This is Service Design Thinking*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2011.

TELLES, V. Direitos Sociais. Afinal, do que se trata? Belo Horizonte: UFMG, 1999.

YASBEK, C. Terceiro Setor e despolitização. In: Revista Inscrita. Brasília: CFESS, jul. 2000.

Recebido em 12/2/2017

Aprovado em 10/5/2017

11

QUAL O TERMO FINAL DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO?

(WHAT IS THE FINAL TERM OF THE DIVERSE PRECAUTIONARY MEASURES OF PRISON?)

Sérgio Henrique Gontijo Ferreira¹

RESUMO

O presente texto analisa as medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941 e na Legislação Penal Extravagante e a impossibilidade de sua implementação e vigência por prazo indeterminado, por meio de análise teórica do ordenamento jurídico e doutrinária, sob o aspecto principiológico, material e processual, sob o filtro constitucional.

Palavras-chave: medidas cautelares diversas da prisão; prazo de duração das medidas cautelares; princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência; princípio da fundamentação das decisões judiciais; princípio da intervenção mínima; princípio da proporcionalidade; princípio da dignidade da pessoa humana; vedação de pena perpétua.

¹ Pós-graduado Lato Sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal pela FEAD. Pós-graduando Lato Sensu em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pós-graduando Lato Sensu em MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Pós-graduando Lato Sensu em MBA Executivo em Direitos Humanos pela UCAM. Pós-graduando Lato Sensu em MBA Executivo em Ciências Políticas pela UCAM. Advogado.

ABSTRACT

The present text analyzes the various precautionary measures of the prison provided for in the Code of Penal Procedure of October 3, 1941 and in the Extravagant Criminal Law and the impossibility of its implementation and validity for an indeterminate period, through theoretical analysis of the order Legal and doctrinal, under the principleological, material and procedural aspect, under the constitutional filter.

Keywords: precautionary measures different from prison; Duration of the precautionary measures; Principle of non-culpability or presumption of innocence; Principle of the basis of judicial decisions; Principle of minimum intervention; Principle of proportionality; Principle of the dignity of the human person; Fence of perpetual penalty.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As medidas cautelares diversas da prisão; 2.1 Conceito e finalidade; 2.2 Espécies; 2.3 Pressupostos e hipóteses para decretação das cautelares; 2.4 Características; 3 Princípios; 3.1 Princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência; 3.2 Princípio da fundamentação das decisões judiciais; 3.3 Princípio da intervenção mínima; 3.4 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade; 3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana; 4 Qual o termo final das medidas cautelares diversas da prisão?; 4.1 A omissão do legislador quanto ao prazo de duração das medidas cautelares pessoais; 4.2 O direito e garantia fundamental da vedação de pena perpétua; 4.3 A força normativa e irradiante da Constituição e a técnica da ponderação; Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar os principais aspectos das medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941 e na Legislação Penal Extravagante, sendo imperioso abordar o conceito, a finalidade, os pressupostos, as espécies e qual o prazo de sua duração.

Neste artigo será analisada a ausência de previsão normativa de termo final ou de prazo máximo de duração das medidas cautelares e a impossibilidade de sua decretação ou manutenção indefinidamente, sobretudo em razão da garantia fundamental à vedação de pena perpétua e em respeito às normas principiológicas, notadamente à

dignidade da pessoa humana e ao postulado da proporcionalidade, os quais devem incidir, em razão da força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da necessidade de se fazer uma filtragem constitucional de toda a legislação infraconstitucional, para uma aplicação escoreta do ordenamento jurídico.

Para isso, é imprescindível a abordagem dos princípios aplicáveis ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, como os princípios da intervenção mínima, da não culpabilidade ou da presunção de inocência, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e o da humanidade.

2. AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Ab initio, deve ser esclarecido que, embora existam outras medidas cautelares que recaem sobre o patrimônio e não sobre a pessoa, denominadas como cautelares reais ou assecuratórias, para o presente artigo será importante a análise apenas das cautelares pessoais, ou seja, as medidas cautelares diversas da prisão.

2.1 Conceito e finalidade

Um primeiro ponto que merece destaque é que, até a edição da Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, o Código de Processo Penal de 1941 previa tão somente como modalidade de medida cautelar pessoal a prisão. (REIS; GONÇALVES, 2016)

Dessa forma, as medidas cautelares diversas da prisão, como alternativa à prisão preventiva, foram introduzidas no Código de Processo Penal por meio da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que incluiu os incisos I a IX, do artigo 319.

Em contrapartida, não se pode olvidar que antes mesmo de entrar em vigor a Lei nº 12.403, as cautelares, obviamente sob a óptica de outros institutos, como a condição para a obtenção do livramento condicional, por exemplo, já se visualizavam as cautelares diversas da prisão. Nesse sentido, além de registrar que as medidas cautelares são alternativas à imposição da prisão preventiva, Guilherme de Souza Nucci ensina:

As novas medidas em matéria processual já são conhecidas em outros institutos, seja como condição para o cumprimento da pena no regime aberto, gozo de suspensão condicional do processo ou livramento condicional, seja como pena alternativa ao cárcere. De toda forma, pretende-se aplicar, agora, as mesmas medidas restritivas à liberdade como forma de contornar a decretação da prisão preventiva. (NUCCI, 2016)

As cautelares pessoais podem ser conceituadas como “(...) um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto.” (NUCCI, 2016)

Imperioso anotar ainda que, embora o Código de Processo Penal faça distinção entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, os três institutos têm a mesma finalidade, qual seja, acautelar os interesses da jurisdição criminal. (PACELLI, 2016)

Apresentada a previsão normativa das medidas cautelares diversas da prisão, sua definição e finalidade, expõem-se as suas espécies.

2.2 Espécies

O objetivo do presente artigo não é exaurir o estudo das espécies das medidas cautelares diversas da prisão, mas também não é possível descurar das hipóteses de cabimento. Assim, apontam-se quais são as medidas cautelares.

No Código de Processo Penal, o artigo 319, em seus incisos I ao IX, prevê como medida cautelar diversa da prisão: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado

tenha residência e trabalho fixos; f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e i) monitoração eletrônica.

Além das hipóteses já citadas e previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, alguns autores acrescentam como medida cautelar diversa da prisão a proibição de ausentar-se do país, com espectro no artigo 320 do mesmo diploma legal. (REIS; GONÇALVES, 2016)

Já a Legislação Penal Extravagante, antes mesmo da Lei nº 12.403 de 2011, previa a imposição de medida cautelar de natureza pessoal, de forma a evitar a prisão provisória e, por sua especialidade, as normas são válidas e continuam aplicáveis. (LIMA, 2016)

São exemplos de medidas cautelares diversas da prisão previstas na legislação especial: a) o afastamento do Prefeito nos crimes de responsabilidade, conforme artigo 2º, inciso II, do Decreto-lei nº 201 de 1967; b) o artigo 294, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê que o juiz poderá determinar a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de sua obtenção, presentes os seus requisitos, obviamente; c) não se pode olvidar que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340 de 2006 – Lei Maria da Penha – previstas no artigo 22 (com exceção do inciso V, que trata de alimentos provisionais ou provisórios, com caráter patrimonial), todas as outras previstas nos incisos I, II, III e IV possuem natureza cautelar pessoal; d) outra medida cautelar pessoal com previsão na legislação penal extravagante é o § 1º da Lei nº 11.343 de 2006 – Lei de Drogas –, que possibilita o afastamento do denunciado de suas atividades, se for funcionário público; e) deve ser destacada ainda o artigo 29, da Lei Complementar nº 35 de 1079 – Lei Orgânica Nacional da Magistratura –, que prevê o afastamento do cargo de magistrado denunciado, observadas as exigências contidas no referido

artigo; e f) por fim, a Lei nº 8.429 de 1992, que trata de improbidade administrativa, estabelece a possibilidade de afastamento cautelar do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. (LIMA, 2016)

Deve ainda ser anotada a possibilidade de o juiz instituir medidas cautelares inominadas, atípicas, valendo-se de seu poder geral de cautela, com fundamento no artigo 3º do Código de Processo Penal de 1941 c/c artigo 297, do novo Código de Processo Civil de 2015. (LIMA, 2016)

2.3 Pressupostos e hipóteses para decretação das cautelares

Para a imposição de qualquer medida cautelar, é imprescindível a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro requisito consiste na comprovação, através de elementos objetivos, da existência de prova da materialidade e indícios de autoria da infração penal. Já o segundo requisito consiste no perigo concreto que a permanência do agente em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito ou a segurança social. (LIMA, 2016)

Ademais, “(...) a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação”. (LOPES JR., 2016)

Destarte, impende destacar que as medidas cautelares diversas da prisão, mesmo sendo mais benéficas ao acusado ou investigado, não devem ser puerilizadas, já que constituem restrição ao direito fundamental de locomoção, previsto no artigo 5º, inciso XV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

De se atentar, então, para o fato de que as atuais regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, não podem ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante, se forem atendidos requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo. (PACELLI, 2016)

Além disso, devem ser observados como requisitos para decretação das medidas cautelares diversas da prisão, o postulado no artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

O requisito previsto no inciso I do referido artigo impõe a necessidade da medida cautelar e pressupõe, alternativamente, que a medida cautelar seja decretada quando for necessária para a aplicação da lei penal, para assegurar a investigação criminal ou a instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais, quando expressamente previsto em lei. (NUCCI, 2016)

Já o inciso II, do artigo 282, do Código de Processo Penal, exige para a imposição das medidas cautelares o requisito da adequabilidade. São três as hipóteses, que são alternativas e não cumulativas. São elas: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato; c) condições pessoais do indiciado ou acusado. (NUCCI, 2016)

2.4 Características

São características das medidas cautelares diversas da prisão:

- a) acessoriedade: a cautelar depende da existência de um processo principal, não existindo autonomamente;
- b) preventividade: a finalidade das cautelares é prevenir danos até o término do processo;
- c) instrumentalidade hipotética e qualificada: o resultado que a medida cautelar pretende assegurar é incerto e a função jurisdicional é meio e modo de realização do Direito;
- d) provisoriedade: a medida cautelar é provisória;
- e) revogabilidade ou variabilidade: as medidas cautelares somente devem ser mantidas se presentes os seus requisitos;
- f) não definitividade: não faz coisa julgada a decisão que decreta medida cautelar;
- g) referibilidade: a cautelar deve se referir a uma situação de perigo para que possa incidir;
- h) jurisdicionalidade: as medidas cautelares pessoais devem ser decretadas pela autoridade judiciária, ressalvada a hipótese de a autoridade policial conceder liberdade provisória com fiança, se a pena não for superior a quatro anos;
- e i) sumariedade: a cognição quando da decretação das medidas cautelares é perfunctória. (LIMA, 2016)

3. PRINCÍPIOS

Atualmente, as normas jurídicas consistem em princípios e regras, sendo prevalente na doutrina e jurisprudência a força normativa

e a máxima relevância dos princípios, especialmente os constitucionais. (SARMENTO; CLÁUDIO, 2016)

3.1 Princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência

Embora alguns doutrinadores façam a diferenciação entre o princípio da não culpabilidade e o da presunção de inocência, no qual o primeiro (não culpabilidade) possui previsão no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o segundo (presunção de inocência) fundamento no artigo 8º, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica, na prática, não há utilidade na diferenciação. (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

Partindo da premissa que o princípio da não culpabilidade e da presunção de inocência se equivalem, referido princípio impõe um dever de tratamento, com duas dimensões: a) dimensão interna ao processo: tratamento imposto ao julgador, determinando que o ônus da prova para condenação é do órgão acusador e, em caso de dúvida, implicará em absolvição; b) dimensão externa ao processo: o princípio da presunção de inocência exige proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu. (LOPES JR., 2016)

3.2 Princípio da fundamentação das decisões judiciais

O princípio da fundamentação das decisões judiciais encontra-se estatuído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, que dispõe que em todos os julgamentos dos órgãos do Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Assim, para que se decrete uma medida cautelar, obrigatoriamente, a decisão judicial deverá ser fundamentada, sob pena de incorrer em nulidade.

3.3 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima advém da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 8º prevê

que a lei somente deve prever as penas estritas e necessárias, ou seja, o Direito Penal somente deve incidir quando não for possível a tutela do bem jurídico por outros ramos do Direito. (MASSON, 2016)

Desse princípio decorrem outros dois princípios: a) o princípio da fragmentariedade, em que somente os ilícitos que atentarem contra valores fundamentais para o ser humano é que se fará necessária a incidência do Direito Penal; b) o legislador somente lança mão do Direito Penal se os outros ramos do Direito e os demais instrumentos de controle não forem suficientes. (MASSON, 2016)

O Direito Penal é, portanto, a *ultima ratio* e somente deve incidir para proteger bens jurídicos.

3.4 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

O princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais. (SARMENTO, 2016)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não prevê expressamente, mas é extraído do princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV. (LENZA, 2016)

Para outros, o princípio da proporcionalidade pode ser extraído por meio de uma análise sistemática das normas constitucionais. (SARMENTO, 2016)

Para Pedro Lenza, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade se equivalem:

“O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.” (LENZA, 2015)

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: a) necessidade: a medida restritiva de direitos somente incidirá se não couber outra menos gravosa; b) adequação: o meio escolhido deve atingir o objetivo a ser alcançado; e c) proporcionalidade em sentido estrito: deve se verificar se o objetivo pretendido é maior que os

outros valores constitucionais, ou seja, há máxima efetividade e mínima restrição. (LENZA, 2015)

No Código de Processo Penal, há previsão expressa ao princípio da proporcionalidade, em diversos artigos, como no artigo 156, I, e artigo 438, § 2º. Todavia, merece destaque o princípio da proporcionalidade estatuído nas normas que regem as medidas cautelares, especificamente no artigo 282, I e II que assim dispõe:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Dessa forma, o julgador deverá, inexoravelmente, se ater à proporcionalidade para decretar qualquer medida cautelar

3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com o término da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um processo de juridicização da dignidade humana, com a sua consagração em diversos tratados internacionais de direitos humanos. (SARMENTO, 2016)

No Brasil, a dignidade da pessoa humana, encontra abrigo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e constitui um dos fundamentos da República, conforme artigo 1º, inciso III.

Mas não é só. Nas precisas lições de Daniel Sarmento, a dignidade da pessoa humana possui uma finalidade hermenêutica que deve incidir em todos os ramos do direito, irradiando os seus efeitos, além de atuar como importante critério para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes. É relevante também para a identificação da fundamentalidade de direitos não inseridos no rol de direitos fundamentais constante da Constituição. (SARMENTO, 2016)

Ademais, a dignidade da pessoa humana consiste na ideia de valor intrínseco da pessoa. O ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, jamais meio. A sua ideia envolve ainda o reconhecimento

do direito à autonomia das pessoas e a garantia do mínimo existencial a todos, com a proteção da personalidade humana, em todas as suas dimensões. (SARMENTO, 2016).

Do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre o princípio da humanidade, consubstancia na vedação de criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral de alguém. Foi com base na dignidade da pessoa humana que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e equiparados. (MASSON, 2016)

4. QUAL O TERMO FINAL DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO?

4.1 A omissão do legislador quanto ao prazo de duração das medidas cautelares pessoais

Apesar do avanço da Lei nº 12.403 de 2011 em instituir um rol amplo de medidas cautelares diversas da prisão, quanto ao prazo de duração das referidas medidas, a lei é silente. Problema que se assemelha à ausência de previsão de duração da prisão preventiva. (LIMA, 2016)

Em razão da omissão do legislador quanto ao prazo máximo de duração das medidas cautelares diversas da prisão, Renato Brasileiro de Lima sustenta a extinção das cautelares pessoais de forma imediata e automática, sempre que houver: a) sentença penal condenatória com trânsito em julgado, já que será iniciado o cumprimento da pena definitiva; b) quando houver o arquivamento do inquérito policial; c) rejeição da peça acusatória; d) extinção da punibilidade; e) e também quando houver sentença absolutória, ainda que haja recurso por parte da acusação, já que a impugnação não é dotada de efeito suspensivo. (LIMA, 2016)

4.2 O direito e garantia fundamental da vedação de pena perpétua

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, veda a pena perpétua. No mesmo

inciso, proíbe-se ainda a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de trabalhos forçados, de banimento ou penas cruéis.

Já no cenário internacional, a situação não é a mesma. O Estatuto de Roma prevê que as penas podem ser de prisão até o limite máximo de 30 (trinta) anos ou de prisão perpétua. Todavia, o Brasil não poderia colaborar com o Tribunal Penal Internacional e entregar um indivíduo, em razão do risco de imposição de pena perpétua ao final do processo internacional, não se aplicando à entrega a vedação da pena de caráter perpétuo existente internamente e nos processos extradicionais à entrega de um indivíduo ao Tribunal Penal Internacional. (RAMOS, 2016)

4.3 A força normativa e irradiante da Constituição e a técnica da ponderação

Quando se instaura uma nova constituição, através do poder constituinte, ocorre a recepção das normas com ela compatíveis, sob pena de inexistência do funcionamento da ordem jurídica. Em contrapartida, as normas anteriores, embora recepcionadas, devem ser interpretadas sob o filtro da constituição. (MENDES, 2012)

O Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o que não significa dizer que não deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, sobretudo quando envolver direito ou interesse fundamental, como a dignidade da pessoa humana, a vedação de pena perpétua e a proporcionalidade das penas.

Todavia, não se pode olvidar que a colisão ou o conflito aparente de normas é inevitável, muitas vezes. Quando isso ocorre, o operador do direito deve se valer do princípio da força normativa da Constituição e da técnica da ponderação de valores.

O princípio da força normativa prescreve que deve prevalecer a interpretação que confira maior efetividade à Constituição e a força irradiante implica na abordagem de todo o ordenamento jurídico sob a óptica da Constituição.

A técnica da ponderação, também chamada de técnica do sopesamento, destina-se a solucionar conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, não só no âmbito do catálogo constitucional,

mas em eventual colisão entre normas e interesses infraconstitucionais. A técnica do sopesamento não é uma atividade mecânica e, não raras as vezes, incidirá sobre valorações complexas e subjetivas. (SARMENTO; NETO, 2016)

CONCLUSÃO

Não se pode negar o avanço da Lei nº 12.403 de 0 de maio de 2011, que ampliou significativamente as medidas cautelares, já que até então tinha-se, tão somente, a prisão como medida cautelar pessoal. Em contrapartida, o silêncio do legislador desencadeou a mesma polêmica quanto ao prazo de duração da prisão preventiva.

Em razão da ausência de previsão normativa quanto ao seu termo final ou o prazo de duração das medidas cautelares pessoais, não há dúvida quanto à sujeição do investigado, acusado, condenado ou até mesmo aquele que for absolvido, de suportar grave violação aos direitos humanos fundamentais, por caracterizar, ainda que de forma travestida de medida cautelar pessoal, em pena de caráter perpétuo, já que as cautelares diversas da prisão consistem na restrição da liberdade.

Mais grave ainda pode ocorrer nos casos em que há incidência da Lei Maria da Penha. Nessa hipótese, sabe-se que as medidas cautelares pessoais, denominadas medidas protetivas de urgência, são efetivadas em processo autônomo, que inclusive desafiam recurso próprio, o que pode resultar em imposição ou manutenção das medidas cautelares pessoais por prazo indeterminado, mesmo nos casos de condenação, absolvição ou qualquer outra fundamentação que extinga a ação penal,

Dessa forma, como consequência, tem-se, inequivocamente, grave afronta direta à dignidade da pessoa humana, ao direito de liberdade de locomoção, à presunção de inocência, ao postulado da proporcionalidade e à vedação de pena perpétua.

Assim, deve o órgão julgador, em análise casuística, sopesar os direitos e interesses da vítima e daquele que sofre ou pode vir a sofrer as medidas cautelares pessoais, primando pelo garantismo penal integral e não ao garantismo penal hiperbólico monocular.

O magistrado deve ainda ater-se à força normativa e irradiante da Constituição Federal de 1988, primando pelo postulado da proporcionalidade, do qual decorrem a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, sem olvidar dos pressupostos necessários e obrigatórios à imposição de qualquer medida cautelar, com o intuito proferir uma decisão acertada.

Para coadunar com os preceitos constitucionais, o termo final das medidas cautelares pessoais deve ser quando houver a ausência de seus pressupostos. Além disso, como não se pode ter pena de caráter perpétuo, as cautelares pessoais devem ser extintas sempre que houver o término da ação penal, seja qual for a decisão final, condenatória, absolutória, que arquiva o inquérito policial ou procedimento investigatório, que rejeite a denúncia, que reconheça a prescrição ou decadência, ou qualquer outro fundamento que se valha o julgador para proferir decisão que extinga a ação penal sem resolução de mérito, em atendimento e harmonização aos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 8.429, 2 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, em 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 35, 14 de março de 1979. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, em 14 de março de 1979. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 201, 27 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 11.340, 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, em 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, em 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal. Volume Único*. 4. ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte Geral*. Vol. 1. 10. ed. Editora Método, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Editora Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Editora Forense, 2016.

_____, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. Editora Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. Editora Saraiva, 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 5. ed. Editora Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Editora Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; Neto, CLÁUDIO Pereira de Souza. *Direito Constitucional. Teoria História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Editora Fórum, 2016.

SECRETARIA-GERAL DA OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Editora JusPodivm, 2016.

Recebido em 27/3/2017

Aprovado em 25/5/2017

