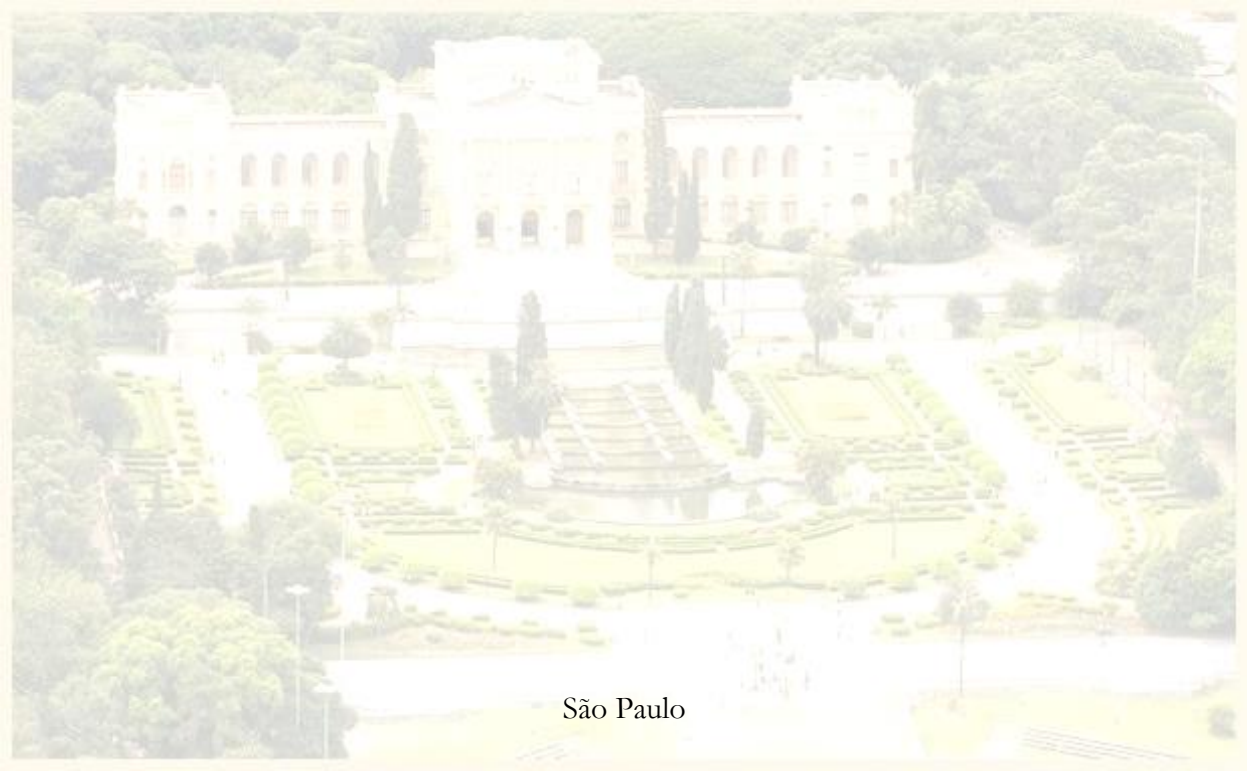
Polifoni Academia Paulist de Direito

2.ª

Primavera Verão 2018

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 2 Nova Série
2018 PRIMAVERA/VERÃO
Semestral
ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X



São Paulo

2018

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
This work is licensed under a Creative Commons License

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR CHEFE
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

EDITORA ADJUNTA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

DIRETORIA EDITORIAL
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN
ROQUE CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)
WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

DIRETORA EXECUTIVA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

ASSISTENTES DE EDIÇÃO
ANDREA MORAES
CELSO DE OLIVEIRA SANTOS
JULIÁN CUASPA ROPAÍN

GERENTE DE PRODUÇÃO EDITORIAL
ALESSANDRO DA SILVA

DIAGRAMAÇÃO E ARTE
DIEGO DE ANDRADE SILVA

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CONSELHO EDITORIAL:

ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA - EPM/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO -NETI USP
ANTONIO CARLOS MORATO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
CARLOS EDUARDO A. BOUCALT - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO" - UNESP
CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA - ESPANHA
EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ELZA ANTONIA PEREIRA CUNHA BOITEUX - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
ENEIDA HADDAD - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO" - UNESP
FLÁVIA PIOVESAN - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO/ HARVARD LAW SCHOOL - EUA
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
FRANCESCO SIDOTI - UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA
FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP/ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MPSP
GISELDA M. F. NOVAES HIRONAKA - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
HELENO TAVEIRA TORRES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
ILTON GARCIA DA COSTA - UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ – UENP
JOÃO GRANDINO RODAS - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP / CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES
JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS - INP
JOSÉ REINALDO LIMA LOPES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
JORGE LUÍS MIALHE - CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO - UNISAL
JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA (DF)
KAZUO WATANABE - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUIS EDUARDO SCHOUERI - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
MANOEL DAVID MASSENO - INSTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL
MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
MARCO AURÉLIO TAVARES - CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES
MARCOS AUGUSTO PERES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
MARIA CRISTINA DE CICCO - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO - ITÁLIA
MARIA PEREZ PEREIRA - UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA – ESPANHA
MICHEL CANUTO DE SENA - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS
MICHAEL J. FLOYD - CUMBERLAND SCHOOL OF LAW, SAMFORD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS
RAPHAEL DE CARVALHO VASCONCELOS - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO -UFRRJ
RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN
ROQUE ANTONIO CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - RIO DE JANEIRO

EQUIPE CONSULTIVA/REVISORES

CONSELHO CIENTÍFICO:

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ARNOLDO WALD
CANDIDO RANGEL DINAMARCO
ESTEVÃO MALLET
HAMILTON DIAS DE SOUZA
JOÃO DÁCIO ROLIM
KATIA MARIA ABUD
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
NEWTON DE LUCCA
SERGIO SEIJI SHIMURA
WAGNER MENEZES
ANTONIO CARLOS MARCATO
ANTONIO HERMANN DE V. BENJAMIN
ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO
EDUARDO REALE FERRARI
GEORGETTE NACARATO NAZO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ
LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES
NELSON NERY JUNIOR
PAULO DE BARROS CARVALHO
VICENTE PLÁ Y TREVAS

CONSELHO CONSULTIVO:

ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
ANTONIO JOSÉ DA COSTA
CÁSSIO DE MESQUITA BARROS JUNIOR
CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO
DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO
MANOEL ALCEU AFFONSO FERREIRA
MILTON PAULO DE CARVALHO
ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO
REGINALDO FERREIRA LIMA
SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA
TERESA CELINA ARRUDA ALVIM
WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO
CARLOS ROBERTO HUSSEK
DANIEL WILLIAN GRANADO
DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO
MARIA CRISTINA ZUCCHI
NELSON MANNRICH
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO
RITA GIANESINI
THEREZA CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM
VANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
YOSHIAKI ICHIHARA

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 2 Nova Série
2018 PRIMAVERA/VERÃO
Semestral
ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X

Todos os artigos científicos aqui publicados foram apreciados por membros do Conselho Editorial, Conselho Científico e/ou Conselho Consultivo da **Academia Paulista de Direito (APD)**, ou ainda, por Revisores especialmente convidados para a edição, com sistema de avaliação D*ouble Blind Peer Review*, preservando a identidade de autores e avaliadores e garantindo a impessoalidade e o rigor científico necessários para a avaliação de um artigo.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é uma revista empenhada em assegurar os mais elevados padrões de ética e boas práticas na publicação, baseando-se no Código de Conduta e Normas de Boas Práticas para Editores de Revistas do Comitê sobre Ética na Publicação – COPE (http://publicationethics.org).

Todos os colaboradores desta edição da **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**: concordam que a publicação de seu artigo é feita em caráter exclusivo, em meio eletrônico; cedem seus direitos autorais de publicação; autorizam a indexação de seu artigo em bases de dados nacionais e internacionais, diretórios, bibliotecas digitais e bases bibliométricas em que a **Polifonia** estiver e vier a ser inserida.

Os nomes e endereços informados na **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** são usados unicamente para serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou à terceiros.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual e não cobra nenhuma taxa para nenhum leitor fazer o download de artigos e resenhas para seu próprio uso acadêmico.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é licenciada por uma licença CREATIVE COMMONS: Atribuição – Não Comercial – Sem Derivações 4.0 Internacional

É permitido: copiar, distribuir, exibir e executar a obra e criar obras derivadas, sob as seguintes condições: a. ATRIBUIÇÃO de crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante; b. USO NÃO COMERCIAL; c. SEM DERIVAÇÕES - Se você remixar, transformar ou desenvolver o material, não poderá distribuir o material modificado. Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra: Licença Jurídica (licença integral): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 2 Nova Série
2018 PRIMAVERA/VERÃO
Semestral
ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO:

ALFREDO ATTIÉ JR
ALBA ZALUAR
ANTONIO GRILLO NETO
CARLA HERMÍNIA M. BARBOSA FERREIRA
CLAUDIA COELHO HARDAGH
GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAÚJO
JULIAN CUASPA ROPAÍN
LOREDANA FELIPO SALOMONE
NATHALIA AYRES QUEIROZ DA SILVA
SIMONE ALCÂNTARA FREITAS
ÁLVARO JOSÉ DO AMARAL FERRAZ RODRIGUES
ALTIVO OVANDO
CAMILA DE ASSIS SANTANA
CELSO DE OLIVEIRA SANTOS
FELIPE PORFÍRIO GRANITO
HÉLIO BICUDO
JULIANA CARDOSO RIBEIRO BASTOS
NAGIB SLAIBI
RAFAEL BRUNO GONÇALVES
VIVIAN D'AVILA MELO PAIXÃO

REVISORES DESTA EDIÇÃO:

ALFREDO ATTIÉ JR.
DANIEL WILLIAN GRANADO
JARBAS ANDRADE MACCHIONI
LUIZ EDUARDO SCHOUERI
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ
ANTONIO CARLOS MARCATO
FRANCISCO LUÍS F. MARZAGÃO BARBUTO ATTIÉ
JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO
LUIS RENATO VEDOVATO
SÉRGIO SEIJI SHIMURA

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
This work is licensed under a Creative Commons License

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

NOTA DO EDITOR – EDITOR'S NOTE:

"Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

Finda o ano de 2018, com a publicação do segundo número (Primavera/Verão 2018) de **Polifonia Revista Internacional da Academia Paulista de Direito (APD)**.

Assim como o número precedente (Outono/Inverno 2018), vindo a lume no final do primeiro semestre, o presente volume traz à leitura textos submetidos a avaliação rigorosa, segundo os padrões de excelência exigidos para as publicações nacionais e estrangeiras, constando de contribuições importantes de estudiosos do direito em suas diversas disciplinas.

O ano de 2018 representou para a **Academia Paulista de Direito (APD)** a consolidação de seu protagonismo jurídico-político, em nosso País.

Dedicado ao tema "Direitos Humanos e Constituição", em curso com as efemérides de setenta anos da Declaração Universal de Direitos Humanos (cujos excertos emolduram a presente Introdução), e de trinta anos da Constituição Federal Brasileira, a **Academia Paulista de Direito (APD)** esteve presente em vários eventos e, assim como em 2017, ano dedicado ao tema da "Diversidade e Direito", manifestou-se em vários fóruns, sendo que a maior parte das intervenções acadêmicas, das participações de seus Acadêmicos e

Acadêmicas, e das atividades promovidas e apoiadas pela **Academia Paulista de Direito (APD)** deu-se sob tal égide.

Sobressaiu-se o Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito de 2018, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coroado de pleno e reconhecido êxito.

Contou com a parceria e participação da Universidade de São Paulo (USP), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), do Consulado Geral da Espanha em São Paulo, do Consulado Geral da França em São Paulo, do Consulado Geral de Portugal em São Paulo, do Consulado Geral da Suíça em São Paulo, da Universidade de Campinas (UNICAMP), das Faculdades de Campinas (FACAMP), da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP), da Trevisan Escola de Negócios, do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES), do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Agência Sul-Americana Para a Cooperação e a Gestão Estratégica de Políticas Públicas (AMSUR), da Câmara Latino Americana de Arbitragem e Mediação (CALA), da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa, tendo recebido o apoio dos Acadêmicos Antonio Carlos Marcato, Arnold Wald e de Sami Raicher, e da Tirant Lo Blanch Editorial.

Foram três dias de atividades intensas, com a exposição de trinta e três palestrantes, Professores e Professoras convidados de várias Universidades, não apenas da área do direito, mas da sociologia, da educação, das artes, da contabilidade e auditoria, da economia, entre outras; Autoridades brasileiras, além de Representantes do Corpo Diplomático brasileiro e estrangeiro; pesquisadoras e pesquisadores, estudantes. Contou, ainda, com exposição de dezessete teses, submetidas e aprovadas pela Comissão do Congresso Internacional de 2018, expressão da qualidade e do vigor acadêmico dos pesquisadores e das pesquisadoras do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo, vinculado à Cadeira San Tiago Dantas da **Academia Paulista de Direito (APD)**.

Além disso, contou com a exposição de obras da artista plástica Marcia Tuca, bem como com a performance da artista, pesquisadora e educadora Wanessa Sabbath.

A participação de Acadêmicos e Acadêmicas foi decisiva, demonstrando a relevância acadêmica e a influência decisiva no cenário brasileiro e internacional dos juristas que compõem a **Academia Paulista de Direito (APD)**.

Os temas abordados, a par de sua inspiração nos principais assuntos que movem os debates jurídicos, sociais, econômicos e culturais contemporâneos, visaram à contribuição para a compreensão dos aspectos de transição e para a proposição de espaços e tempos de superação da crise e de seu sentimento.

A programação do Congresso pode ser conferida no site da Academia Paulista de Direito, em https://apd.org.br/congresso-2018-programa/. No site, ainda poderão ser encontradas notícias relativas ao Congresso, bem como imagens relativas a seus momentos. Em março, todas as palestras estarão disponíveis. É importante acrescentar a importância dos que estiveram presentes, assistindo e debatendo nos vários painéis, ainda se destacando o fato de que o Congresso foi acompanhado ao vivo à distância, pela transmissão da TV/Rádio USP.

É ocasião para, mais uma vez, efusivamente, agradecer a todas as pessoas e a todas as entidades que contribuíram em nível de excelência para o sucesso do evento.

A **Academia Paulista de Direito (APD)** repetiu, quarenta e seis anos após sua fundação, no mesmo recinto em que se deu, o pioneirismo que sempre marcou seus ideais e suas atividades. Em 1972, a cerimônia de fundação da **Academia Paulista de Direito (APD)** ocorreu na mesma Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, durante o Congresso[1] que a **Academia Paulista de Direito (APD)** fez realizar. Era época, igualmente, de transição e crise, no direito e na política brasileira, e a **Academia Paulista de Direito (APD)** viria a representar papel de relevância nos anos seguintes, no processo de redemocratização.

Hoje, passamos por novo momento de tensões e transição. A **Academia Paulista de Direito (APD)** não apenas mostra a firme intenção de participar, no sentido de fiscalizar e

[1] Ver o número 1 da Revista da Academia Paulista de Direito, 1972.

garantir, de modo crítico e criativo, a preservação da tríade "Estado de Direito-Democracia-Direitos Humanos", como tem agido para que seus propósitos tenham eficácia e importância no cenário jurídico brasileiro e internacional.

As atividades da Academia em 2018, em continuidade às de 2017, de consolidação administrativa, ainda envolveram a retomada da **Polifonia Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, com a publicação de dois números, a par da publicação do livro relativo aos 30 anos da Constituição brasileira, em parceria com o CEDES.

Em junho de 2019, os Anais do Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito serão publicados, pelo Editorial Tirant Lo Blanch.

A **Academia Paulista de Direito (APD)** homenageou os juristas José Gregori e Fabio Konder Comparato, com o título de Acadêmicos Eméritos, pela importante contribuição que tiveram na construção da ordem dos direitos humanos em nosso País.

Para 2019, teremos muitas novidades e eventos, no Brasil e no exterior, entre os quais cursos e seminários, com a continuidade dos trabalhos de pesquisa, estudos e extensão dos Centros e Núcleos de Pesquisa criados durante o presente ano e no início de 2019, além do Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito de 2019.

O mote para 2019 será "Democracia e Justiça", o que envolverá a ampla discussão de tais conceitos, com a participação cada vez maior não apenas de Acadêmicas e Acadêmicos, mas da comunidade jurídica brasileira e internacional.

O protagonismo da **Academia Paulista de Direito (APD)** transcende a divisão um pouco artificial e de limitada racionalidade tanto das profissões jurídicas quanto das disciplinas do direito.

No próximo ano, teremos a publicação de mais dois números da **POLIFONIA**.

Como o início de trabalho de novos governos, que seguem a tendência internacional de não apenas recrudescência de um certo conservadorismo, mas - o que é preocupante, e de exigir cautelas e senso crítico apurado, de uma inspiração de uma direita militante, longe, inclusive, das importantes contribuições do liberalismo, sobretudo político e social, ao desenvolvimento da sociedade de direitos e da democracia -, há anúncios de reformas e será preciso que a **Academia Paulista de Direito (APD)** acompanhe de modo construtivo e crítico propostas e debates, sempre salientando os aspectos importantes para a permanência da construção democrática e do valor da justiça, mantendo-se a tríade referida (Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos), que fundamenta não apenas o sistema jurídico brasileiro como sobretudo o caminho da Sociedade Internacional.

Realizaremos encontros quinzenais acadêmicos, que girarão sempre em torno de um tema relevante apresentado ao livre debate de juristas e profissionais e pesquisadores de várias áreas de atividade.

É tempo de desejar boa leitura. Indicar a novidade de uma seção voltada à memória (que decorre de importante sugestão do Acadêmico Arnold Wald), no presente número representada por artigo de Hélio Bicudo, figura de extrema relevância na história do direito brasileiro, pela corajosa luta que travou contra o regime ditatorial.

Assim, convidar leitores e leitoras não apenas a contribuir para os próximos números da Polifonia, mas sobretudo para que debatam as ideias expostas no presente número, assim como as contribuições acadêmicas da **Academia Paulista de Direito (APD)**.

A liberdade filosófica, tenho sublinhado,[2] a partir da inspiração de espírito pioneiro, conforma propriamente a nossa humanidade, apontando o caminho para a construção de regimes políticos fundados nos valores da igualdade e da solidariedade. Para esse caminho e para defender as liberdades fundamentais devem estar sempre a postos os juristas, e está preparada a **Academia Paulista de Direito (APD)**, em seu percurso de liderança.

[2] Ver Alfredo Attié. Montesquieu. Lisboa: Chiado Books, 2018.

Como afirmei na cerimônia de minha posse na Presidência da **Academia Paulista de Direito (APD)** – e tenho regularmente repetido -, existe uma Dignidade do Direito. Assim, o direito (*ius*) aponta caminhos e indica valores matérias, não apenas procedimentos ou ritos de ordem vazia ou meramente formal. Esses caminhos seguem curso civilizacional e não admitem retrocesso, sob qualquer justificativa. Tais caminhos representam o vínculo fundamental do jurídico com a justiça (*iustitia*). Justiça na sociedade política, na *polis*, na cidade ou comunidade que indica o início daquele percurso civilizacional. Envolve compromissos sérios com valores e direitos, com aquilo que Miguel Reale, um dos fundadores da **Academia Paulista de Direito (APD)**, chamava de constantes axiológicas.

Há não apenas fontes, mas sobretudo modelos jurídicos, que funcionam como vetores civilizatórios.

Sobre tais ideias e práticas da Justiça (*iustitia*) na Democracia (*δημοκρατία*),[3] isto é, amalgamada à ideia mestra do poder do povo, expressão do caráter ou destino da comunicação e da convivência, que a **Academia Paulista de Direito (APD)** refletirá e atuará, em conjunto com a sociedade brasileira e internacional.

É preciso expandir e reelaborar o conceito de cidade e o seu correspondente de cidadania, para poder dotar os novos cidadãos e as novas cidadãs de instrumentos que lhes permitam a efetividade de uma livre, igual, comunicativa e solidária *pursuit of happiness*, que caracteriza a moderna sociedade política, em contraposição ao ideal da felicidade (*εὐδαιμονία*)que os antigos pressupunham manifestar-se apenas na participação no espaço público.[4] Portanto, compreender a sociedade jurídico-política como ambiente de conservação de direitos e de expansão de capacidades.

Contradizer a tendência triste do espaço-tempo contemporâneo de construir periferias, restaurando ou inventando o mundo em que convivemos como centro e fonte de

[3] Ver Alfredo Attié. Towards International Law of Democracy. Birmingham: Samford University, 2014.
[4] Alfredo Attié, *Towards... cit.*

encontros e diálogos entre diferenças, para a consecução da justiça na forma do acolhimento, na hospitalidade que faz do diverso igual, na estipulação da identidade como alteridade.[5]

"Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos direitos e liberdades ... O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas. Nenhuma disposição da presente Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados."

ALFREDO ATTIÉ JR
TITULAR DA CADEIRA SAN TIAGO DANTAS
PRESIDENTE DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

[5] Ver Alfredo Attié. A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade. Porto Alegre: Fabris, 2003; Alfredo Attié. Sobre a Alteridade: para uma Crítica da Antropologia do Direito. São Paulo: FDUSP, 1987.

OS TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA SOB UMA ANÁLISE LÓGICA

THE INTERNATIONAL TREATIES TO AVOID DUAL TAXATION: EXISTENCE, VALIDITY AND EFFECTIVENESS UNDER A LOGICAL ANALYSIS

Nathália Ayres Queiroz da Silva[6]

Resumo:

Este artigo teve por objetivo o estudo do regime jurídico dos Tratados Internacionais contra a Bitributação firmados pelo Estado brasileiro, e sua relação com a ordem jurídica nacional, à luz da Constituição Federal de 1988, em uma abordagem precipuamente *lógica*, consistente em um exame da *classificação* do sistema de direito positivo e seus elementos, nas ordens interna e internacional, com fundamento nas respectivas fontes e instrumentos normativos. Elucidado o regime jurídico de tais normas internacionais na jurisdição brasileira, poderão ser solucionadas eventuais antinomias entre os acordos contra a bitributação e a legislação tributária nacional.

Para esse mister, o trabalho debruçou-se sobre o exame do relacionamento entre duas classes do ordenamento jurídico, utilizando-se dos instrumentos de racionalidade fornecidos pela Lógica Jurídica, a exemplo das atividades de *classificação* e *definição*. Ao final, pôde-se concluir que os tratados internacionais contra a bitributação, após o trâmite previsto pela Constituição Federal de 1988 para sua recepção, isto é, depois de aprovados pelo Congresso Nacional mediante a edição do decreto legislativo, adquirem aplicabilidade ou eficácia na jurisdição brasileira, passando a gozar de *eficácia plena*, mas

[6] Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Heleno Taveira Tôrres, especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário e mestranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, sob orientação do Prof. Paulo de Barros Carvalho.

produzindo efeitos na qualidade de *direito internacional*.

Palavras-Chave: Tratados internacionais. Bitributação. Dupla tributação. Validade. Eficácia. Antinomias. Lógica jurídica.

Abstract:

This paper had as objective or study the legal regime of the International Treaties against the Double Taxation signed by the Brazilian State, and its relation with a national juridical order, in the light of the Federal Constitution of 1988, in a precipitous logical approach, consisting in an examination of the classification of the system of positive law and its elements, in international and international orders, based on the respective sources and normative instruments. Having elucidated the legal regime of such international norms in the Brazilian jurisdiction, it will be possible to solve eventual antinomies between the courts against double taxation and the national tax legislation.

For this purpose, the work was focused on examining the relationship between two classes of the legal system, using the instruments of rationality provided by the Legal Logic, such as classification and definition activities. In the end, it could be concluded that international treaties against double taxation, after the procedure established for the Federal Constitution of 1988 for its reception, after being approved by the National Congress through an edition of the legislative decree, acquire applicability or effectiveness in the Brazilian jurisdiction, with full enjoyment, more productions as a matter of international law.

Keywords: International treaties. Double taxation. Validity. Effectiveness. Antinomies. Legal logic.

Sumário:

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....3
2. A LÓGICA E O DIREITO 4
2.1. A Lógica como método de estudo do ordenamento jurídico.....4

2.2. Teoria das Classes.....6
3. AS CLASSES DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAL E INTERNACIONAL 9
3.1. O conjunto universo do direito positivo composto por normas jurídicas.....9
3.2. Classificação do direito positivo nas classes do ordenamento jurídico nacional e internacional.....10
3.3. Ordem jurídica nacional x internacional: fontes e instrumentos normativos próprios.....12
4. REGIME DOS TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL 14
4.1. Relação entre classes de normas internacionais e normas nacionais: monismo x dualismo.....14
4.2. O Direito Internacional Tributário: regime jurídico dos tratados internacionais contra a dupla tributação.....18
5. CONCLUSÕES 22
Bibliografia.....23

Summary:

1. INITIAL CONSIDERATIONS.....3
2. LOGIC AND LAW 4
2.1. Logic as a method of studying the legal order.....4
2.2. Class Theory.....6
3. THE CLASSES OF NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGAL ORDERS 9
3.1. The universe of positive law consists of legal norms.....9
3.2. Classification of positive law in national and international legal systems.....10
3.3. National *versus* international legal order: sources and normative instruments of their own.....12
4. REGIME OF THE INTERNATIONAL TREATIES AGAINST BITRIBUTION IN NATIONAL LEGAL ORDINANCE
14
4.1. Relation between classes of international norms and national norms: monism *versus* dualism.....14
4.2. International Tax Law: legal regime of international treaties against double taxation.....18

5. CONCLUSIONS 22
Bibliography.....23

1 Considerações Iniciais

O presente trabalho propõe o estudo do regime jurídico dos Tratados Internacionais contra a Bitributação firmados pelo Estado brasileiro, e sua relação com a ordem jurídica nacional, à luz da Constituição Federal de 1988, em uma abordagem precipuamente lógica e capaz de conferir maior rigor científico ao exame da classificação do sistema de direito positivo e seus elementos, nas ordens interna e internacional, com fundamento nas respectivas fontes e instrumentos normativos, até que se possa concluir quanto ao regime jurídico das normas internacionais na jurisdição brasileira, o que se revelará crucial para a solução de eventuais antinomias entre os acordos contra a bitributação e a legislação tributária nacional.

Para tanto, debruçando-se este estudo sobre o relacionamento entre duas classes do ordenamento jurídico, utilizar-se-á dos instrumentos de racionalidade fornecidos pela Lógica Jurídica, a exemplo das atividades de classificação e definição, que interessam a todos os cientistas que lidam com normas, sejam jurídicas, morais ou técnicas, por proporcionar maior segurança a respeito dos conceitos básicos e princípios, bem como facilidade de compreensão e manuseio das categorias, além de visão sistemática do Direito como conjunto. Dentro destes limites, os métodos e premissas a serem empregados no desenvolvimento da pesquisa serão o *constructivismo lógico-semântico*, a partir da consideração do Direito como objeto de construção de linguagem pelo exegeta, e o *método lógico*, a partir da análise dos sistemas de direito positivo internacional e nacional.

Afinal, sem teoria geral do Direito e outras investigações mais delicadamente abstratas, não se domina nem a teoria, nem a prática, ou sequer o saber científico especializado ou sua aplicação aos fatos concretos.

2 A Lógica e o Direito

2.1 A Lógica como método de estudo do ordenamento jurídico

Consiste a Lógica em ciência que integra a parte da Filosofia que trata do conhecimento, de modo que existirá somente onde houver linguagem. Derivada do grego *logiké*, é apenas um ponto de vista sobre o conhecimento, na medida em que é capaz de nos fornecer a dimensão *formal* de toda e qualquer linguagem, a partir de regras morfológicas e sintáticas, além da associação entre elas, na tarefa de produzir argumentos de maneira mais habilidosa e organizada no discurso, até que passou a oferecer critérios para que possamos determinar a própria validade dos esquemas intelectuais, estudando a estrutura do raciocínio humano.

Após ter sido desvencilhada dos componentes psicológicos, ganhando foros de autonomia, a Lógica passou a ser estudada sob a perspectiva da *linguagem*, albergando regras sintáticas rígidas que procuram reproduzir as relações entre termos, proposições e argumentos.

Nesse contexto, atuando sobre a linguagem, a Lógica também passou a ser valiosa no estudo do Direito, debruçando-se a "Lógica Jurídica" tanto sobre a linguagem prescritiva do direito positivo quanto sobre a da Ciência do Direito e de sua contínua produção e reprodução por intermédio da argumentação na comunicação jurídica. Uma das suas contribuições para o Direito é a de encontrar certa racionalidade no discurso jurídico.

Apresentando-se em linguagem formalizada, desde que com referência expressa ao sistema notacional adotado, a Lógica dirige-se ao *universo das formas lógicas*, que organiza a estrutura do pensamento e se situa na região ôntica dos *objetos ideais*, na quadripartição proposta por Carlos Cossio.

Os nexos lógicos ocorrem em um mundo abstrato que acessamos a partir da experiência com a linguagem, imprescindível para se penetrar no domínio das entidades lógicas e também essencial para que o sujeito cognoscente tenha contato com a realidade circundante. Ao passo que a origem das *relações causais-naturais* está precisamente na experiência com os objetos, provocada ou não pelo homem com seu contato com a

natureza, as *relações lógicas* são ontologicamente distintas e, frise-se, dão-se na região dos objetos ideais, partindo da experiência da linguagem.

Em suma, na seara do Direito, a Lógica atua como uma *sobrelinguagem* sobre três linguagens-objeto: a do direito positivo, da ciência do direito e da retórica do direito, razão pela qual seria mais apropriado se falar em "Lógicas Jurídicas".

Em razão das linguagens distintas, a Lógica também deve operar de modo distinto dentro do Direito. Podemos identificar inicialmente uma **Lógica Formal ou Lógica Menor**, que tem por objetivo o estudo das formas do pensamento, isto é, das ideias, dos juízos e dos raciocínios, bem como de seus correlatos verbais (termos, proposições e argumentos), sempre abstraindo dos conteúdos de significação. No entanto, quando o ser humano se nutre de seus recursos e passa a se dirigir a um determinado segmento especulativo, aplicando aquelas leis universais, surge a **Lógica Aplicada, Lógica Maior ou Metodologia**, que por sua vez, consiste na adaptação da Lógica Menor a uma específica região material. Afinal, a Lógica Menor está credenciada apenas a revelar a sintaxe da linguagem com função *descritiva* de situações, não servindo à linguagem *prescritiva*, das ordens; portanto, a Lógica Maior é que se mostra apropriada à análise da linguagem prescritiva do direito positivo, assim como a Ciência do Direito também tem sua metodologia própria, por constituir um sistema autônomo de conhecimentos.

Adotando-se a Lógica como instrumento de análise do ordenamento de direito positivo, passemos a nos utilizar de uma de suas operações[7].

2.2 Teoria das Classes

Começar algo também significa romper, pois tudo o que é novo é uma ruptura. O ato de conhecimento passa por uma quebra, cindindo-se um descontínuo homogêneo a partir de um contínuo heterogêneo, ao se separar mentalmente alguns elementos da realidade. Afinal, não se pode submeter algo à consciência a não ser por meio de um corte.

[7] CARVALHO, PAULO DE BARROS. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 67-70; e CARVALHO, PAULO DE BARROS. **Lógica e Direito**. Coord. Paulo de Barros Carvalho. Org. Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 70-83.

Esse recorte do objeto e dos demais dados de seu entorno sempre se opera por meio de instrumentos intelectivos, levando à adoção de um sistema de referência, e podemos reconhecer entre tais instrumentos as *classificações* e as *definições*.

Note-se, contudo, que toda ação humana sobre o estado de coisas do mundo circundante pressupõe um *quantum* de conhecimento prévio sobre o objeto manipulado, para que se possa isolar do todo o objeto que se pretende movimentar. Assim, não haverá ação onde inexistir *consciência*, pois esse corte de que falamos é parte do pensamento, e por ele separamos dois conjuntos: o que é objeto para nossa consciência, e o que não é. *Ao construirmos conjuntos, classificamos; ao explicarmos aquilo que nos permitiu isolar o objeto, nós definimos*. São operações lógicas que se aproximam e se coimplicam.

A *classificação* é explicada pela Lógica dos Predicados ou dos Termos, que se dedica ao estudo da composição interna dos enunciados simples, e dentro deles, à análise dos termos sujeito e predicado, da cópula apofântica e dos quantificadores (universal e existencial). Como há objetos que não têm um nome próprio, se for preciso indicá-los, empregamos *nomes gerais*, suscetíveis de serem aplicados a um número indefinido de coisas e denotando uma classe de objetos dotada de um mesmo atributo. Assim, pode-se definir o conceito de *classe* como a extensão de um conceito geral ou individual.

O ato de classificar consiste em distribuir objetos em classes, separando-os de acordo com as semelhanças que entre eles existam, criando-se os *gêneros* (superclasses) e as *espécies* (subclasses), que são contidas naqueles e apresentam em relação a eles uma "diferença específica", ou seja, um *plus* de conotação, um conjunto de qualidades que se acrescentam ao gênero para determinação da espécie. Não há nomes que sejam apenas gêneros ou apenas espécies, pois as palavras são termos relativos.

Para se concluir quanto à relação de pertinência de um elemento a determinada classe, ou seja, acerca da continência, ou não, de uma espécie em um conjunto, tal operação resulta de um juízo, de valoração positiva ou negativa de um dado critério, dependendo da formação de uma ideia, de modo que a classe não pode existir fora da mente dos sujeitos, tratando-se de construções intelectivas criadas, e não descobertas. Evidente, no entanto, apenas para que a classe saia do mundo das ideias e possa ser comunicada a outrem, que o juízo deva ser vertido na forma intersubjetiva de proposição, mediante representação por

signos.

Com efeito, as classes não são conjuntos pré-existentes na natureza como prestes a serem descobertos, mas na verdade criados pelo homem por meio da operação lógica de classificação, que reúne certos elementos sob um mesmo conjunto em função de um critério. Como os diversos relatos em linguagem nunca contêm a realidade objetiva, isto é, nunca conseguem reunir todos os dados brutos existentes no entorno, os nomes é que *criam* as coisas e a realidade.

Disso decorre que não classificamos as coisas em si, limitando-nos a organizar aquilo que recortamos do mundo em meio a palavras, fazendo recair os critérios, em verdade, nas *interpretações* que atribuímos em nossa mente, e formando na sequência novas classes que se inter-relacionam por sistemas classificatórios.

Na enumeração dos elementos de uma classe, falamos em *extensão ou denotação*, e para tratar das condições de pertinência a uma classe fala-se em *intensão ou conotação*, considerando-se como critério ter ou não certas características. Na teoria das classes vamos encontrar dois tipos de elementos: os próprios indivíduos ou membros de uma dada classe, ou outras classes, de modo que podem existir superclasses ou subclasses.

As classificações, de que nos valemos neste trabalho, revelam-se úteis para: a) segregar *novas espécies* a partir do universo de um discurso; e b) articular esses fragmentos do mundo em uma *teia conceitual*, relacionando-os uns com os outros.

Cumpre advertir, contudo, que existem as seguintes regras técnicas a presidirem o processo de divisão em classes: 1) que a divisão seja *proporcional* aos membros da classe; 2) que seja fundada em um *único critério*; 3) que as espécies obtidas pela divisão *se excluam mutuamente*; 4) que a classificação *flua ininterruptamente*, sem "salto na divisão". Afinal, a faculdade de estabelecer classes é ilimitada e infinita, enquanto existir uma diferença, e nesse mister existe o risco de se dar um sentido artificial a uma palavra, o que poderia criar problemas na correção do processo de circunscrição.

Ademais, a boa classificação não depende só desse processo de bem *dividir* o termo, mas também de *definir* adequadamente o seu conceito, operação lógica que consiste na tarefa de demarcar limites. Afinal, todo conceito, ideia ou noção faz-se exprimir por um termo, um nome, e sabemos como atribui-lo quando conhecemos o conceito, seus fins e

limites. Assim, se a definição consiste no enunciado que exprime os critérios necessários e suficientes para enquadrar um objeto em um conceito, fica claro que os conceitos se comportam como classes: segundo critérios da definição, os elementos pertencem ou não à extensão daquela ideia.

Assim como a classificação, a atividade de definição também atua ora pela extensão (por meio das definições denotativas: elencando os elementos), ora pela intensão (pelas chamadas definições intensivas ou conotativas: dando os critérios para que se possa submeter os objetos da experiência à prova).

Em suma, como nossa realidade é constituída pela linguagem, com os recursos da classificação o homem vai reordenando a realidade que o circunda, para aumentá-la ou aprofundá-la, numa atividade sem fim. Em última análise, onde houver linguagem, haverá certamente classes e operações entre classes, com o aparecimento de gêneros, espécies e subespécies, em qualquer das regiões ônticas (objetos naturais, ideais, metafísicos ou culturais).

No capítulo "Teoria das Classes" ou "Teoria dos Conjuntos", a Lógica estuda o conceito de classe e o quadro de suas propriedades gerais. São muitas as formas de trabalhar os conjuntos, de modo que podemos definir, unir, separar, o que fez com que os estudiosos dedicassem certas nomenclaturas especiais. Tecnicamente, classe se distingue de conjunto, pois neste o foco está no *elemento* que satisfaz os critérios para pertencer a ele, e já a classe não atenta ao elemento, mas aos *critérios* e às *combinações* para preenchê-lo. A classe pode ser formada denotativamente mas sempre é uma abstração. Todo conjunto envolve uma classe, mas nem toda classe compõe um conjunto, e há classe sem nenhum elemento.

Nesse contexto, merece atenção especial o chamado conjunto "universo" (U ou V). Partindo-se do princípio lógico da identidade, poderíamos conceber uma classe de indivíduos que fossem iguais a si próprios, em um conjunto formado por todos os objetos do universo (conjunto *Universo*, representado por U ou V). Ressalve-se apenas que, como visto, o *todo* sempre é incognoscível.

Na realidade, a fixação de um universo do discurso já pressupõe um corte, impedindo que o intérprete trabalhe com elementos estranhos ao seu campo de trabalho.

No ordenamento jurídico, a norma hipotética fundamental, na condição de pressuposto do conhecimento jurídico, faz a delimitação desse conjunto universo.

As classes também se relacionam entre si, existindo as chamadas *operações de classes*. A intersecção entre as classes significa a reunião dos elementos presentes nas duas classes ao mesmo tempo. No subproduto ou união de classes, obtemos todos os elementos que estejam numa classe, na outra ou nas duas. Por sua vez, a disjunção de classes compreende justamente o que está em um predicado, ou no outro predicado, mas não nos dois (em lógica proposicional, estuda-se como disjunção excludente). Mediante tais operações, a partir do conjunto universo do ordenamento jurídico, é que poderemos identificar qual o regime jurídico adequado para cada[8].

3 As Classes do Ordenamento Jurídico Nacional e Internacional

3.1 O conjunto universo do direito positivo composto por normas jurídicas

No presente trabalho cumpre delimitar o nosso objeto de estudo, que corresponde ao *conjunto universo* composto pelas normas jurídicas de direito positivo, ponto no qual recai o corte metodológico e *define* nosso sistema de referência.

Para esse fim, norma jurídica será compreendida em sua acepção mais ampla, como unidade do ordenamento jurídico, e mais precisamente, na mensagem deôntica que é elaborada pelo intérprete a partir dos enunciados prescritivos produzidos pelos múltiplos órgãos credenciados pelo sistema. A norma jurídica terá o condão de expressar o sentido cabal dos comandos legislativos e normativos, dos atos de fala, e pode ser construída tanto a partir de qualquer documento jurídico-positivo, como também de mais de um enunciado, muitas vezes em diplomas bem diferentes, até que se obtenha a plena esquematização formal da mensagem.

A rigor, diferem as normas jurídicas dos simples enunciados, pois apesar destes terem força prescritiva, ficam na dependência de integrações em unidades normativas, em

[8] CARVALHO, PAULO DE BARROS. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 116-124, e CARVALHO, PAULO DE BARROS. **Lógica e Direito**. Coord. Paulo de Barros Carvalho. Org. Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 315-355.

uma norma jurídica, que terá o condão de expressar o sentido cabal dos comandos legislativos ou normativos. Enunciado é apenas o produto da atividade de enunciação.

Uma vez delimitado esse conjunto universo do sistema jurídico de direito positivo composto por todas as normas jurídicas, a excluir outros mandamentos como os de cunho meramente moral, pode-se vislumbrar dentro da jurisdição brasileira ao menos duas verdadeiras subclasses na composição daquela superclasse, que correspondem ao **ordenamento jurídico nacional** e ao **ordenamento jurídico internacional**, classificação que construiremos, em um primeiro momento, em função do *critério das fontes* de que emanam suas respectivas normas. Passa-se, portanto, a delimitar tal conceito.

3.2 Classificação do direito positivo nas classes do ordenamento jurídico nacional e internacional

Pautando-se a classificação no *critério da origem* das respectivas unidades normativas, as **fontes do direito** podem ser definidas**,** em geral, como focos ejetores de normas jurídicas, dos quais elas emanam, isto é, os órgãos habilitados para sua produção dentro de um sistema organizado, bem como a atividade de criação das normas segundo regras de um dado ordenamento. Nessa segunda acepção, fontes do direito são os acontecimentos credenciados pelo sistema de direito positivo para produzir normas jurídicas que introduzam outras normas jurídicas, existindo normas introdutoras e introduzidas. De acordo com a doutrina de Tárek Moussalem[9], as marcas da enunciação desse processo de criação de normas é que revelarão a conformidade ou não com as regras do ordenamento.

Nessa perspectiva, em uma visão factual do direito, adotada pelo prof. Paulo de Barros Carvalho, as fontes do Direito em geral aparecem estruturadas em uma forma hierarquizada de *eventos*, tendo no ápice o órgão hierárquico superior, e abaixo os órgãos inferiores produtores de normas, em posição vertical. Também se pode estruturar outra pirâmide hierárquica, composta pelos *veículos introdutores de normas* ("normas

[9] MOUSSALEM, Tárek Moysés. **As Fontes do Direito Tributário**. Dissertação (Mestrado) - PUC-SP: São Paulo, 2000.

introdutoras"), formando o sistema de direito positivo. Assim, o direito positivo corresponde ao sistema de normas introdutoras e introduzidas, ao passo que as fontes do direito são o conjunto de fatos jurídicos tomados na qualidade de enunciação.

Já a concepção normativista do direito reduz a ordem jurídica ao conjunto das normas já existentes, identificando o órgão juridicamente legitimado ou o fato credenciado para a produção de unidades normativas. Para Kelsen, contudo, o direito não se esgota somente no espaço normativo, e conclui que é pela descrição normativa que o jurista entra em contato com o fato da realidade social e com a conduta regulada, assim como é a partir da unidade normativa que vamos saber dos fatos jurídicos e condutas juridicamente relevantes, além dos valores nela depositados pelo legislador. Na mesma linha de Lourival Vilanova, o prof. Paulo de Barros entende por "fontes do Direito" os fatos jurídicos criadores de normas, isto é, os fatos vistos sob o ângulo da enunciação, esta referente ao processo de produção das normas, e não ao seu produto (enunciados). Ocorre que ao tratar do tema das fontes, a doutrina confunde os *veículos introdutores* de regras no sistema com a *regra jurídica*, que é o próprio resultado da atividade dos órgãos legiferantes, em uma perspectiva de que o direito cria o próprio direito, dentro de um sistema autopoiético.

Neste trabalho, alinhando-nos à vertente factual das fontes do direito, devemos atentar à dicotomia entre *fontes formais* e *fontes materiais*, correspondendo aquelas precisamente às fórmulas de que se vale a ordem jurídica para introduzir regras no sistema, e estas últimas relativas aos fatos da realidade social que, uma vez ocupando a hipótese dos supostos normativos, têm o condão de produzir novas proposições prescritivas (são normas que falam de normas, propiciando o fenômeno de autocomposição do direito).

Nesse contexto, o prof. Paulo de Barros Carvalho conclui que o estudo das *fontes materiais* do direito insere-se no processo de enunciação dos fatos jurídicos, ao passo que o exame das *fontes formais* corresponde à teoria das normas jurídicas.

Transpondo tais conceitos ao conjunto universo demarcado pelas normas jurídicas, podemos obter duas classes, a das normas que compõem o ordenamento internacional (i) e a das normas integrantes do ordenamento brasileiro (ii), tomando como critério tanto as *fontes materiais* distintas quanto as *fontes formais* (veículos introdutores) próprias de cada qual.

Quanto às **fontes materiais**, ao passo que no ordenamento nacional temos por fato juridicizado como atividade de enunciação a *deliberação dos parlamentares e agentes credenciados pela Constituição Federal vigente* como hábeis a introduzir normas no sistema jurídico brasileiro, no ordenamento internacional a respectiva atividade de enunciação é distinta e tem suas peculiaridades, consistindo na *deliberação e consenso entre os sujeitos de Direito Internacional*, como os diversos Estados soberanos e organizações internacionais.

Outro critério de distinção concerne às **fontes formais e veículos introdutores das normas** em cada ordenamento, concebendo a Carta Magna de 1988 os *instrumentos admitidos pelo sistema como hábeis à positivação das normas jurídicas brasileiras*, a exemplo dos atos legislativos elencados no art. 59 do diploma constitucional. Por sua vez, o ordenamento jurídico internacional convive com instrumentos introdutores diversos que o compõem, tais como os usos e costumes convencionados pela comunidade internacional com status de *soft law* e notadamente os tratados e convenções bilaterais ou multilaterais subscritos pelos Estados-partes e organismos internacionais.

Tal classificação mostra-se adequada quando atentamos às regras técnicas da Lógica que devem presidir o processo de divisão em classes, ora retomadas: 1) que a divisão seja *proporcional* aos membros da classe (no caso em estudo, as unidades normativas obtidas em cada subclasse são proporcionais à divisão em dois ordenamentos); 2) que seja fundada em um *único critério* (no presente estudo, a classificação ora estabelecida é fundada em critérios que se coimplicam, como as fontes de direito e os instrumentos introdutórios); 3) que as espécies obtidas pela divisão *se excluam mutuamente* (a disjunção é excludente: neste trabalho, de fato, as normas jurídicas obtidas em cada classe não podem se constituir, ao mesmo tempo, como norma de direito nacional e de direito internacional, apesar da circunscrição territorial onde produzirão efeitos); 4) que a classificação *flua ininterruptamente*, sem "salto na divisão" (a classificação em exame parte diretamente do conjunto universo de direito positivo para resultar diretamente nas classes do ordenamento internacional e do ordenamento interno).

3.3 Ordem jurídica nacional x internacional: fontes e instrumentos normativos próprios

Tradicionalmente, considera-se o conjunto universo de direito positivo composto por outros quatro sistemas: o sistema nacional (ordem jurídica total), sistema federal, sistemas estaduais e sistemas municipais (ordens jurídicas especiais). Tais sistemas estão compreendidos um dentro do outro, por emanarem de fontes semelhantes e por terem os mesmos veículos introdutores, tudo com fundamento no texto constitucional, variando, apenas, o âmbito territorial de eficácia de suas normas e a competência atribuída a cada ente federativo. Ainda deve ser acrescido a esses, contudo, um quinto sistema, o *internacional*.

Ao adotarmos como teoria das fontes a teoria dos focos ejetores, isto é, do fato jurídico, cumpre abandonar a expressão "fontes formais" usualmente adotada pela doutrina clássica, pois na verdade tais veículos normativos não se caracterizam rigorosamente como fontes, devendo a expressão ser substituída por *"instrumentos introdutórios de normas"*, mais técnica. Temos, assim, como veículos introdutores de normas nos quatro sistemas de direito positivo tradicionalmente estudados, e no ordenamento jurídico *nacional* em geral:
-lei no sentido amplo: abrange os <u>instrumentos primários</u> de introdução de normas nas quatro ordens jurídicas estudadas pela doutrina;
-demais diplomas com juridicidade condicionada às disposições legais: são os <u>instrumentos secundários ou derivados</u>, que não veiculam regras inaugurais, porém têm força de lei.

No entanto, ao se conceber posteriormente um quinto sistema de direito positivo, correspondente à ordem jurídica *internacional*, o veículo introdutor da lei em sentido amplo, na acepção de instrumento <u>primário</u> de introdução de normas, passou a ser estendido para abranger também, cada vez mais, os **tratados e convenções internacionais**, eis que nessa qualidade foram admitidos pelo próprio sistema de direito internacional, como os principais veículos. Note-se que tais instrumentos não são contemplados como introdutores das normas do ordenamento nacional. Afinal, destinam-se a disciplinar os comportamentos em âmbito internacional, vinculando os respectivos agentes.

O surgimento e estudo dos tratados internacionais remontam à *Corte Permanente de Justiça Internacional*, instituída em 1920 em Haia, na Holanda, fruto dos pactos

firmados após a Primeira Guerra Mundial, e associada à Sociedade das Nações. Assim como esta, deixou de funcionar em 1939, com o início da Segunda Guerra Mundial. Foi recriada em 1945 sob a denominação *Corte Internacional de Justiça*, como órgão da Organização das Nações Unidas, mas mantendo suas atribuições anteriores.

A fim de configurar um corpo de regras apto a ser utilizado em suas atribuições, o art. 38 do Estatuto da CIJ elenca como fontes formais de Direito Internacional Público, tecnicamente *veículos introdutores*: os tratados, os costumes, os princípios gerais de direito, a jurisprudência, a doutrina e a equidade. A tais instrumentos devem se acrescer os atos unilaterais dos Estados e as decisões de organizações internacionais.

Entre os veículos introdutores de Direito Internacional Público, é incontestável a atual primazia do tratado, em substituição ao primado do costume até meados do século XX. Consoante observação de C. D. de ALBUQUERQUE MELLO[10], *"os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do DI, não só devido à sua multiplicidade mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles"*.

A *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*, de 1969, traz a definição de tratado no seu art. 2º: *"tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação particular"*[11].

A partir dessa disposição, depreende-se que a convenção visava disciplinar apenas os tratados internacionais celebrados entre Estados. A disciplina dos tratados com participação de organizações internacionais só se iniciou a partir da aprovação, em 1986, da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais*.

Diante do reconhecimento de novos sujeitos de Direito Internacional Público, pode- se adotar a definição de J. F. REZEK[12] para tratado internacional, segundo a qual

[10] **Curso de Direito Internacional Público**, vol. I. 11a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 191.
[11] V. MAROTTA RANGEL (Org.). **op. cit.**, p. 298.
[12] **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. 7a. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 14.

"tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos".

Da definição de tratado introduzida pela Convenção de Viena de 1969, concluímos que, para que sejam os tratados por ela regulados, é irrelevante a sua denominação. G. W. ROTHMANN[13] limita-se ao uso de apenas três denominações para designar os tratados em matéria tributária, quais sejam, *tratado*, *convenção* ou *acordo*. A primeira expressão é utilizada para acordos solenes, como os tratados de paz; a segunda, para os tratados que criam normas gerais, como a Convenção sobre Mar Territorial; por fim, a última denominação é comumente utilizada para os tratados de teor econômico, financeiro, comercial e cultural, que disciplinam relações particulares. No presente trabalho, utilizamos tais expressões de forma indiferente, inexistindo diferença no regime jurídico.

4 Regime dos Tratados Internacionais contra a Bitributação no Ordenamento Jurídico Nacional

4.1 Relação entre classes de normas internacionais e normas nacionais: monismo x dualismo

Retomando-se o que já foi mencionado neste trabalho, as classes relacionam-se entre si, existindo as chamadas *operações de classes*, entre elas a intersecção, que significa a reunião dos elementos que estejam presentes nas duas classes ao mesmo tempo. Também foi dito que no tocante às subclasses das normas nacionais e internacionais, a disjunção é excludente, isto é, as respectivas normas jurídicas obtidas em cada classe não podem se constituir, ao mesmo tempo, como norma de direito nacional e de direito internacional, a par da circunscrição territorial onde produzirão efeitos.

Com efeito, além da distinção de fontes e veículos introdutores, os elementos de cada uma das classes não se encontram, figurando em uma ou outra, de modo a não se vislumbrar zona de intersecção entre as classes. Com efeito, as normas nacionais e

[13] **Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação**, Tese (Doutorado) – USP. São Paulo, 1978, p. 15.

internacionais se distinguem tanto pela origem, quanto pelos instrumentos normativos e até mesmo por seus destinatários diretos, apresentando em comum apenas a circunstância da *eficácia* dentro de uma mesma jurisdição.

As relações entre as classes são importantes porque elas ditarão o *regime jurídico* adequado para cada espécie de norma, nacional ou internacional, no que concerne à validade e eficácia das regras introduzidas por cada veículo.

Para bem ilustrar a *separação* entre tais ordens, atente-se à circunstância de que no sistema de direito positivo nacional temos um instrumento primário de introdução de normas que guarda correspondência com os tratados e convenções firmados, a saber, o **decreto legislativo**, que veicula matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, tendo o mesmo nível hierárquico de lei ordinária, e deve seguir diretamente para promulgação pelo Presidente do Congresso (decreto presidencial). Apesar de já existir o instrumento do tratado internacional, *o decreto legislativo é que é concebido pela classe do ordenamento interno como veículo introdutor do sistema de direito positivo nacional*, por se destinar a disciplinar condutas intersubjetivas circunscritas ao sistema interno.

Em razão da dualidade de fontes e instrumentos normativos, adota-se a tese *dualista* para o relacionamento entre as classes da ordem interna e internacional, salientando-se que as convenções internacionais não são reconhecidas pelo ordenamento brasileiro como veículos introdutores de norma, mas apenas e precisamente o decreto legislativo aprovado pelo Congresso Nacional.

Filiando-se à corrente dualista, Luís Eduardo Schoueri[14] apresenta exposição elucidativa sobre o tema:

> *"os tratados internacionais e a lei interna pertencem a ordens jurídicas distintas (internacional e nacional, respectivamente), posto integradas. Por meio de tratados internacionais, o País firma, na comunidade internacional, compromisso quanto até onde vai sua jurisdição. Portanto, os tratados em matéria tributária visam a delimitar os contornos nos quais se admitirá que o legislador tributário doméstico atue. Celso de*

[14] **Direito Tributário**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 104.

Albuquerque Mello classifica o exercício da jurisdição no território nacional como um dos direitos fundamentais dos Estados. A jurisdição exercida pelo Estado em seu território, caracteriza-se como geral e exclusiva. Geral porque o Estado, em seu território, exerce as competências de ordem legislativa, administrativa e judicial, uma vez que é detentor do monopólio do uso legítimo da força pública".

A par da conclusão pela tese dualista entre os ordenamentos, a questão da relação entre as classes da ordem internacional e da ordem nacional, e o regime jurídico de cada qual, também depende do que denominamos de ***modelo de recepção*** adotado pelo Estado signatário da convenção internacional. Podemos mencionar três modelos de recepção das normas internacionais, a saber, o *reconhecimento automático*, a *transformação* e a *incorporação*[15].

Pelo modelo do *reconhecimento automático*, adotado pela Espanha, as convenções internacionais integram, imediatamente e automaticamente, o direito interno do Estado contratante. Dessa forma, a vigência do tratado inicia-se com a mera publicação após sua assinatura[16]. Por essa teoria, os tratados internacionais seriam veículos introdutores no sistema de direito interno.

Pela teoria da *transformação*, adotada na Itália, as convenções internacionais transformam-se em instrumento de direito interno apenas mediante aprovação de lei interna com mesmo conteúdo, cuja publicação marca o início da vigência do tratado. Por essa teoria, para terem validade no sistema de direito positivo interno, os tratados, após celebrados e ratificados, dependeriam de sua "transformação" em veículo interno, produzindo efeitos e sendo aplicados nessa condição, e não na qualidade de direito internacional. Esse modelo não concebe as convenções como instrumentos aptos a produzir

[15] H. T. TÔRRES atenta para a peculiaridade do direito comunitário europeu, no qual a Corte de Justiça adotou a teoria monista do ordenamento comunitário, situação na qual todos os países membros da União Européia reconhecem tal premissa em suas relações jurídicas, comprometendo-se a não produzir direito interno conflitante. Essa seria uma exceção. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001., p. 559.

[16] H. T. TÔRRES. **Tratados e convenções internacionais em matéria tributária e o federalismo fiscal brasileiro**, in Revista Dialética de Direito Tributário, n. 86. São Paulo: nov. 2002, p. 36.

efeitos diretamente no ordenamento interno, prerrogativa esta que seria exclusiva de lei, de forma que somente produzem efeitos na jurisdição brasileira na condição de lei interna.

Por fim, segundo o modelo da *incorporação*, apontado por H. T. TÔRRES[17] como o modelo adotado pelo Brasil, para que as convenções internacionais, e as normas por elas introduzidas, integrem o direito nacional, devem ser recepcionadas por uma ordem legislativa, de autorização para sua ratificação. Nesse modelo, a ratificação marca o início da vigência do tratado internacional. Há autores[18] que denominam essa teoria de "teoria da adoção", pois **após celebrado e ratificado, por um ato interno as normas veiculadas no tratado são "adotadas" pelo ordenamento nacional, mantendo, contudo, sua condição de tratado internacional por ter sido inicialmente concebido pelo sistema internacional**. Destarte, na qualidade de instrumento introdutor no ordenamento internacional, o tratado produz efeitos na qualidade de direito internacional. Não obstante dispensar um processo de "transformação", essa recepção é compatível com o fato de a eficácia interna do tratado estar sujeita a atos e formalidades previstos pelo direito interno.

No caso do Estado brasileiro, foi adotada a ***teoria da incorporação ou adoção***. Examinando a natureza jurídica do decreto legislativo, H. T. TÔRRES[19] bem observa que esse controle do Legislativo é irrelevante internacionalmente, pois é apenas requisito de validade do ato interno de recepção, dele não dependendo a validade do tratado internacional, haja vista a dualidade das ordens. O referendo do Congresso Nacional é exigido apenas para conferir aplicabilidade interna ao tratado, mediante autorização para ratificação. Afinal, a partir de sua celebração, o tratado já adquire força vinculante para os Estados-partes, sem que possam se liberar unilateralmente do vínculo. Contudo, antes do decreto legislativo, o tratado tem validade plena, mas eficácia limitada, por ainda não ser aplicável internamente na ordem jurídica nacional.

[17] **Tratados e convenções internacionais em matéria tributária e o federalismo fiscal brasileiro**, in Revista Dialética de Direito Tributário, n. 86. São Paulo: nov. 2002, p. 43.

[18] E. D. DA SILVA. **O relacionamento entre tratados internacionais e lei interna do Brasil – a problemática de tratados internacionais que versam sobre tributos estaduais ou municipais**, in Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 11, n. 49. São Paulo: mar./abr. 2003, p. 14.

[19] **Tratados e convenções internacionais em matéria tributária e o federalismo fiscal brasileiro**, in Revista Dialética de Direito Tributário, n. 86. São Paulo: nov. 2002, pp. 37-38.

Sendo assim, no tocante ao relacionamento entre as ordens, por coerência à concepção *dualista*, forçoso concluir que o ato do referendo pelo Legislativo tem a função de incorporação das normas introduzidas pelo tratado à ordem interna, porém **apenas no sentido de lhe conferir aplicabilidade ou eficácia na jurisdição nacional, momento em que as normas internacionais passam a ter eficácia internamente**, mantendo, contudo, a sua validade como unidades normativas pertencentes à classe da ordem jurídica internacional, sem transformação.

Finalmente dirimido o ponto relativo ao relacionamento entre as classes, poderemos definir o regime jurídico dos veículos dos tratados internacionais e normas introduzidas.

4.2 O Direito Internacional Tributário: regime jurídico dos tratados internacionais contra a dupla tributação

Na prática diplomática, dentre os tratados celebrados pelos Estados nas suas negociações, encontramos acordos em matéria tributária, pelos quais são pactuadas normas convencionais que buscam a harmonização das atividades impositivas dos Estados por meio da distribuição do poder de tributar entre si, bem como a solução tanto dos concursos entre os poderes de tributar dos Estados quanto das fraudes fiscais internacionais.

Afinal, cumpre reconhecer que apenas essas normas são aptas a solucionar tais concursos, pois prevêem critérios de decisão alheios ao direito interno de certos Estados, por serem provenientes de relações bilaterais com o objetivo de limitar ou modificar as normas de direito interno de cada Estado-parte. Em certas hipóteses, os Estados abrem mão de disposições de seu direito interno em prol de um objetivo maior, atinente não só a um deles, mas comum a ambos.

Essas normas constituem o que a doutrina denomina *Direito Internacional Tributário*, pois são normas de Direito Internacional, dada a origem de sua produção normativa e pela circunstância de seu critério de validade ser exterior ao sistema.

Especificamente no que tange ao Brasil, como resposta ao acentuado fluxo de

capitais, bens, serviços por nossas fronteiras nacionais, progressivamente estamos celebrando um maior número de tratados internacionais em matéria tributária, a fim de garantir nossos interesses econômico-financeiros frente aos demais países.

Merecem destaque entre os tratados em matéria tributária celebrados pelo Brasil as convenções para evitar a dupla tributação internacional sobre a renda. O movimento no sentido de sua celebração é, de certa forma, recente, tendo em vista que durante muito tempo predominaram as formas imobiliárias da riqueza, além da circunstância de que as relações econômicas internacionais eram menos intensas.

O fluxo de investimentos internacionais através do Atlântico e o movimento de integração econômica europeia aceleraram o processo e ensejaram a criação do *Comitê Fiscal* da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), responsável pela elaboração dos "Modelos de convenção destinados a evitar as duplas tributações", em 1963, para os impostos sobre o capital, e em 1966, para o imposto sobre sucessões e doações.

As convenções celebradas pelo Brasil atendem ao modelo de Convenção da OCDE, publicada em 1992, a partir dos trabalhos desenvolvidos pelo Comitê Fiscal da Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE). O Brasil celebrou *tratados gerais*, que seguem o Modelo da OCDE, com os seguintes países: África do Sul, Alemanha[20], Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coréia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Peru, Portugal, República Tcheca, Suécia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela. Além desses tratados gerais, o Brasil firmou *acordos especiais* para evitar a bitributação das empresas de navegação marítima e aérea, com o Reino Unido, Argentina, Itália, Alemanha, França e Suíça.

Para se perquirir corretamente quanto à validade e eficácia das normas internacionais introduzidas por esses tratados contra a bitributação, partimos neste estudo

[20] O acordo celebrado com a Alemanha foi denunciado pelo governo alemão, perdendo vigência a partir de 1º de janeiro de 2006.

da premissa, já esclarecida ao tratarmos de fontes, de que cada sistema de direito positivo é formado pelo conjunto de normas válidas, produzidas por órgãos credenciados pelo respectivo sistema. Apesar da diversidade de modelos conhecidos, a validade é concebida nessa perspectiva específica como *status* de uma relação, a saber, de vínculo entre sistema normativo e o sistema de direito posto. Adotando-se o modelo kelseniano, a validade é uma relação de pertinencialidade de uma unidade normativa "n" em relação a um dado sistema "S". Disso decorre que para concluir quanto à validade das normas introduzidas pelas convenções internacionais em face do sistema internacional deve-se examinar sua pertinencialidade em relação a ele, não se cogitando de pertinencialidade das normas internacionais à classe do ordenamento jurídico nacional, dada a concepção *dualista*, mas sim de sua aplicabilidade ou eficácia interna, em analogia à produção de efeitos no território nacional de norma estrangeira pertencente a outra classe ou ordem jurídica.

Esse modelo do conceito de validade segue uma linha de dedutibilidade, isto é, de presunção. Podem-se mencionar 4 critérios de pertinência: a) critério de extensionalidade; b) critério de legalidade; c) critério de dedutibilidade; d) critério de estabilidade.

A partir disso, percebe-se que a validade se confunde com a própria existência da norma em dado sistema jurídico, pois se refere ao vínculo de pertinência da norma jurídica dentro de tal sistema. Desde a sua celebração, o tratado existe, antes mesmo de sua aprovação pelo Congresso Nacional, para o sistema de direito internacional. Também nesse momento já se pode perquirir acerca de sua **validade**, perante o sistema internacional, cujo fundamento é a regra *pacta sunt servanda*, princípio norteador do Direito Internacional Público. Ao ser celebrado, o tratado internacional deve obedecer aos requisitos de validade estabelecidos pelo direito das gentes, a saber, agente capaz, objeto lícito e forma juridicamente não defesa.

Percebe-se, portanto, que o tratado não depende do referendo do Congresso Nacional para que seja existente e válido na ordem internacional. Na doutrina de J. S. MAIOR BORGES[21], *"seria uma solução teratológica pretender que o tratado, ato*

[21] **Curso de Direito Comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 237.

plurilateral interestatal, somente existiria a partir de atos unilaterais de direito nacional, como a homologação." Na realidade, o decreto legislativo expedido pelo Congresso Nacional está relacionado apenas à eficácia do tratado, e não à sua existência ou validade, que dependem de outro ordenamento.

Assim, o ato do referendo pelo Legislativo tem a função de incorporação ou adoção do tratado pela ordem interna, isto é, de conferir-lhe aplicabilidade ou eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que as normas por ele introduzidas passam a ter validade, vigência e eficácia internamente.

Em vista disso, a falta de referendo negaria aplicabilidade interna ou eficácia ao tratado, mas não validade, que está condicionada apenas aos procedimentos exigidos pelo sistema internacional. Após a edição do decreto legislativo, contudo, o tratado passa a ser aplicável internamente, com **eficácia plena**, e suas normas podem ser aplicadas diretamente na ordem jurídica interna, apesar de o veículo manter sua pertinencialidade à ordem internacional.

Ademais, cumpre lembrar que, **segundo a teoria *dualista* sobre as relações entre direito internacional e o direito nacional, adotada no presente trabalho, a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional, por se tratar de sistemas de direito positivo diferentes, têm fontes e fundamentos de validade distintos, de modo que não há que se cogitar da validade do tratado internacional no ordenamento interno, mas apenas de sua aplicabilidade ou eficácia interna, e validade do decreto legislativo, na realidade, pois este é que é instrumento introdutor previsto no sistema nacional.** Destarte, mesmo que não haja a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, o tratado continuará perfeitamente válido, se atender aos requisitos de validade do direito das gentes.

Sendo assim, o referendo é exigido pela Constituição Federal como requisito de aplicabilidade interna ou eficácia do tratado, e não de validade, cogitando-se da validade apenas do decreto legislativo e das normas nele introduzidas. De fato, **como a recepção no direito brasileiro se baseia na dualidade de ordenamentos, os tratados devem passar por um processo de incorporação a fim de que as normas introduzidas sejam**

admitidas na ordem interna, gozando de aplicabilidade interna. E é precisamente essa a função do decreto legislativo, a de conferir aplicabilidade e eficácia interna ao tratado e, em decorrência, eficácia plena no sistema internacional, momento em que também se passa a cogitar da validade interna das normas convencionais por ele introduzidas.

Como não é só o Estado, mas também o povo, que ficam vinculados às obrigações pactuadas, **o referendo pelo Congresso Nacional tem a função de conferir legitimidade a ato firmado pelo Poder Executivo, evitando, assim, sua arbitrariedade ao assumir compromissos internacionais que vincularão tanto os Estados, quanto os seus súditos.**

Em suma, conclui-se: a **validade** do veículo introdutor do tratado internacional inicia-se logo a partir de sua celebração no sistema internacional, por ser deduzida de critérios previstos pelo direito das gentes, ao passo que a validade das normas introduzidas no sistema nacional inicia-se a partir do referendo pelo instrumento do decreto legislativo. Assim, a **eficácia plena** do tratado, também no sistema internacional, somente é adquirida pelo ato do referendo pelo Congresso Nacional, que obriga no sistema interno. Por fim, apesar de válidas no ordenamento interno, a **vigência interna** das normas convencionais apenas se inicia com o ato de ratificação pelo Poder Executivo, sendo que o marco de sua **vigência internacional** apenas se dá mediante a troca dos instrumentos de ratificação pelos países signatários, nos termos previstos pela própria convenção internacional.

5 Conclusões

No presente trabalho, partimos da constatação de que estamos vivenciando uma recente globalização da economia e, portanto, uma crescente necessidade de integração entre os Estados no plano internacional, exigindo esforços de cooperação recíproca entre os Estados, como o que ocorre com o comércio internacional. Em vista disso, verificamos um grande número de tratados internacionais celebrados em matéria tributária, sobretudo os tratados contra a bitributação, cuja importância reside na necessidade de harmonização fiscal, integração econômica e combate à evasão fiscal.

Visando a solução de futuras antinomias entre os tratados internacionais para evitar

a dupla tributação e a legislação tributária nacional, e valendo-nos dos expedientes fornecidos pela Lógica Jurídica, como as operações intelectivas de classificação e definição, pudemos concluir a respeito do relacionamento das classes do ordenamento nacional e internacional, após o exame das respectivas fontes e veículos introdutores de normas, até fundamentarmos também pelo método lógico-científico a adoção da tese *dualista* das ordens jurídicas, que guarda consonância com o modelo de recepção eleito pelo constituinte brasileiro, de incorporação ou adoção. Nesse particular, detectou-se que as normas introduzidas por tratado como no sistema internacional não são recepcionadas no ordenamento brasileiro por decreto presidencial, mas sim por um decreto legislativo expedido pelo Congresso Nacional, requisito do ordenamento pátrio para que passem a produzir efeitos na ordem jurídica interna.

Com base na teoria da incorporação, adotada pelo sistema jurídico de direito positivo brasileiro, inferimos que os tratados se sujeitam ao regime jurídico dos atos internacionais, ditado pelo direito das gentes, e não pelo ordenamento interno.

De todo o exposto, infere-se que o presente trabalho logrou concluir que os tratados internacionais contra a bitributação, após o trâmite previsto pela Constituição Federal de 1988 para sua recepção, isto é, após aprovados pelo Congresso Nacional mediante a edição do decreto legislativo, adquirem aplicabilidade ou eficácia na jurisdição brasileira, passando a gozar de eficácia plena, mas produzindo efeitos na qualidade de direito internacional.

Tal conclusão científica mostra-se consentânea com os interesses atuais da nação brasileira, ao zelar pelo cumprimento dos acordos firmados, impedindo que os atos internacionais sejam revogados por lei interna, pertencente a outra classe de normas jurídicas, e evitando-se a responsabilização do Estado brasileiro e consequente aplicação de sanções pelos órgãos internacionais. Tal orientação também se mostra mais condizente com os próprios princípios constitucionais, que prestigiam a integração econômica, política, social e cultural e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier de. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I. 11a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARRAL, Welber e PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Isenção de tributos estaduais por tratados internacionais*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 86. São Paulo: nov. 2002, pp. 34-49.

BARROS, José Fernando Cedeño de. *Monismo e dualismo – tratados internacionais e o direito interno brasileiro à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Interpretação do art. 98 do Código Tributário Nacional*, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 88, n. 762. São Paulo: abr/jun. 1999, pp. 79-94.

BERNO, Cheryl. *Supremacia dos tratados internacionais em matéria tributária*, in *Revista de Estudos Tributários*, v. 1, n. 5. Porto Alegre: jan/fev. 1999, pp. 11-23.

BRASIL, Francisco de Souza. *Legislação tributária e tratados internacionais*, in *Revista Forense*, v. 85, n. 308. Rio de Janeiro: out/dez. 1989, pp. 35-41.

BRITTO, Lucas Galvão de. *A regra-matriz de incidência tributária e as definições produzidas pelas agências reguladoras.* Tese de Doutorado. São Paulo: PUC-SP, 2016.

CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. *Os tratados internacionais tributários e a eficácia de suas normas no ordenamento jurídico brasileiro*, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 9, n. 41. São Paulo: nov/dez. 2001, pp. 29-52.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19a. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Constructivismo lógico-semântico,* vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivação no Direito Tributário*. Volume II. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Lógica e Direito*. Coord. Paulo de Barros Carvalho. Org. Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Os tratados internacionais em matéria fiscal em face dos acordos comerciais internacionais, regionais, bilaterais ou multilaterais – uma visão jurídica da questão*, in *Direito Tributário Internacional Aplicado*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 91-108.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.*

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 23a. ed. São Paulo: Malheiros,

2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Vigência e aplicação da legislação tributária*. Revista de Direito Tributário, nº 55, p. 226.

MACHADO, Hugo de Brito. *Tratados e convenções internacionais em matéria tributária*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 93. São Paulo: jun. 2003, pp. 25-33.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma Análise Crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAIOR BORGES, José Souto. *Isenções em tratados internacionais de impostos dos Estados- membros e municípios*, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 166-78.

MAIOR BORGES, José Souto. *Direitos humanos e tributação*, in *Direito Tributário Internacional Aplicado*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 39-82.

MAIOR BORGES, José Souto. *Curso de Direito Comunitário*: São Paulo, Saraiva, 2005.

MARTINS, Natanael. *Tratados internacionais em matéria tributária*, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 3, n. 12. São Paulo: jul/set. 1995, pp. 193-201.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *As Fontes do Direito Tributário*. Dissertação (Mestrado) - PUC-SP: São Paulo, 2000.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 7a. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REZEK, José Francisco. *Tratado e legislação interna em matéria tributária*, in ABDF. Resenha nº 22.

ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação*. Tese (Doutorado) – USP. São Paulo: 1978.

SANCHES, Marcelo Elias. *Os tratados internacionais e a disciplina dos tributos estaduais e municipais*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 59. São Paulo: ago. 2000, pp. 56-66.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação – Treaty Shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Emerson Drigo da. *O relacionamento entre tratados internacionais e lei interna do Brasil – a problemática de tratados internacionais que versam sobre tributos estaduais ou municipais*, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 11, n. 49. São Paulo: mar./abr. 2003, pp. 9-28.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I. São

Paulo: Atlas, 2002.

SOUZA, Hamilton Dias de. *Tratados internacionais – OMC e Mercosul*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 27. São Paulo: dez. 1997, pp. 31-53.

TARSKI, Alfred. *Introducción a la Lógica*. Madrid: Espana, 1985. Capítulo IV.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Tratados e convenções internacionais em matéria tributária e o federalismo fiscal brasileiro*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 86. São Paulo: nov. 2002, pp. 34-49.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional do Brasil – Tributação das Operações Internacionais*. 5a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGOTIATION AND SOCIAL MEDIA
NEGOCIAÇÃO E REDES SOCIAIS

Vivian D'avila Melo Paixão[22]

Abstract:

The goal of the Code of Civil Procedure (Law 13.105/2015) is to extinguish the competitive pattern of all kinds of subject matters, regarding costs and time to reach a verdict. Furthermore, lawyers and law clerks must pursue a new model of professionalism, including continuous collaborative or integrative bargaining (art. 3, §§2 and 3). Consequently, social media players are invited to join the game.

Keywords: Negotiation – Social Media – Brazilians Precedents – Competitive Pattern – Collaborative or Integrative Bargaining.

Resumo:

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) busca desestimular o comportamento competitivo em todas as áreas do ordenamento jurídico em razão do custo e duração do processo para a sentença final. A competição deve ser observada casuisticamente porque, dependendo da particularidade do caso, as partes apenas almejam a sentença final de forma rápida e eficiente para a obtenção da solução, incluindo casos de família e questões oriundas de redes sociais (bullying, assédio, organizações criminosas, perseguição à autoridades etc). Além do CPC/15, os advogados e operadores do direito devem adequar-se ao novo modelo profissional, a fim de incluir o comportamento colaborativo ou integrativo no cotidiano (artigo 3º, §§2º e 3º). Em consequência,

[22] Post-graduation in Public Law from Escola Paulista de Direito. Worked as a Lawyer trainee in the Law Office in Boston, Massachusetts, in Civil Law and Real Estate Law. Member of the Center for Advanced Studies in Procedural Law (CEAPRO). Lawyer. Phone: +55 11 2361-1624. E-mail: vivian.paixao.br@gmail.com

as redes sociais também estão convidadas a participar deste novo modelo colaborativo ou integrativo.

Palavras-chave: Negociação – Rede Social – Precedentes Brasileiros – Comportamento competitivo – Colaboração e Integração.

Summary: 1. Introduction. 2. Negotiation. 3. Collaborative or Integrative Bargaining.
4. Social Media and Brazilians Precedents. 5. Conclusion. 6. References.

Sumário: 1. Introdução. 2. Negociação. 3. Negociação Colaborativa ou Integrativa.
4. Mídias Sociais e Precedentes Brasileiros. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introduction

Lawyers and law clerks are trained to be competitive in every sort of issue since college; this attitude can be defined almost as an obsession with their clients' interests, since they do not accept to lose anything. Despite having a good competitive education, the parties are not satisfied with the results of lawsuits. Usually, the focus to address the problem is the legislation guidelines, liability, complaint and Trial Court`s chores, such as applications to fill out, evidences, closing arguments, deliberations and sentences. This lack of understanding of collaborative bargaining has been changing in the world, such as in German, which has included mediation, arbitration and conciliation hearing in the beginning of lawsuits since 1970[23]. Consequently, either to settle a case or to go to trial, the parties prefer integrative bargaining because it is a cheaper and faster way to solve the problem.

In addition to distributive benefits, the United States have adopted settlements in view of the costs of litigation and better outcome for plaintiffs. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA[24] described American precedents that can also cause regret behavior, since judges have just emphasized law and precedents without considering the issues related to the

[23] BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. Revista de Processo, vol. 111/2003, p. 103/112.
[24] MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual Civil (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 309/312.

litigator's feelings and personality or the parties' actual interests. For example, when President Clinton settled Paula Jones suit about sexually harassment without assuming guilty to avoid impeachment claims, it means that it was not just about money. On the other hand, JONATHAN R. COHEN[25] emphasizes the "safe apology technique" that can prevent antagonistic behavior and even litigation lawsuits because the injured parties want to repair the damaged relationships, nonetheless the offender is still obligated to compensate damages.

Moreover, RONALD J. GILSON & ROBERT H. MNOOKIN[26] advocates a change in the payoff structure in litigation:

> *Some jurisdictions now have rules imposing market-level prejudgment interest in some disputes, and it is plain that, as legal fees have increased and interest rates have fallen, there may be fewer disputes in which delay so clearly serves one party`s interest. Thus, it may be no coincidence that large corporations became much more interested in Alternative Dispute Resolution (ADR) in the 1980s when interest rates were falling and legal costs were increasing.*

Collaborative or integrative bargaining has been affecting the daily lives of Brazilians citizens as well, reframing the options to be creative and focus on clients' real interests, such as in the universe of social media.

2. Negotiation

Firstly, lawyers and law clerks need to understand that negotiation is everywhere, and therefore in our daily lives and simple things, even in personal life. For example, when a couple is talking about possible cities to visit on vacation, there is a negotiation to decide

[25] COHEN, Jonathan R. *Advising Clients to Apologize, 72 S. CAL. L. REV. 1009-69 (1999). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 344/349.

[26] GILSON, Ronald & MNOOKIN, Robert H. *Disputing through agents: cooperation and conflict between lawyers in litigation. 94 Colum. L. Rev. 509. 534-40 (1994). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 50/53.

details of the trip. Consequently, negotiation is a great tool for any subject and it is not just for ”romantics” lawyers and law clerks who tend to work with mediation or conciliation hearings.

Secondly, strategies of negotiation are described by GARY GOODPASTER[27] as (i) competing; (ii) compromising; and (iii) collaborating or problem solving.

Competing is focus on “gain over the gain” because the purpose is to have control over the situation to earn as much as possible, without thinking about the relationship between the parties.

Compromising is focus on “win-some-lose-some” or “give-and-take bargaining” because to go to trial is worse than to settle the case. Accordingly, it is good to emphasizes that negotiation is not a charity demand; nonetheless, it is the best option for the parties. Sometimes it is not just about money.

Collaborating or Problem-Solving is “win-win bargaining” or “positive-sum” that the parties want to gain their own interests, yet they are also concerned with the opponent’s gain. For example, the settlement is based on a situation in which both parties win, regarding with their own interest, i.e., healthy insurance after retirement, public apology or adequate policies for dealing with abuse of women or minorities in companies. In this particular case, lectures and more information about prevention, punishment and eradication of any kind of violence, such as intrusive or aggressive behavior or physical threats, avoiding new victims. On the other hand, the settlement of abuse can be done by civil cases in Brazil, which means that criminal matter is going to be charged by public prosecutor to its conclusion. GARY GOODPASTER[28] describes negotiation styles, since each person has their own characteristics. For example, lawyers who work with mediation tend to be much more collaborative than lawyers who work for investors and stock exchange professionals. Usually, lawyers and law- clerks in business or corporate areas can be really competitive because is all about money and “gain over the gain”.

---

[27] GOODPASTER, Gary. *A primer on competitive bargaining. 1996 J. Disp. Resol. 325-30. In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 10/13.

[28] GOODPASTER, Gary. *A primer on competitive bargaining. 1996 J. Disp. Resol. 325-30. In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 10/13.

JOHN S. MURRAY[29] develops this analysis by offering the litigator's characteristics, such as (i) competitive lawyers behave cooperatively only if it helps achieve their goals; and (ii) collaborative lawyers can be competitive yet not antagonistic.

Negotiation can be defined by the players (lawyers, law clerks and parties), as well as by general characteristics of the lawsuit itself.

RUSSELL KOROBKIN[30] describes the reservation point (RP), which means that lawyers should clearly know their clients' interests, including the amount they can pay during negotiation, because this is going to be the "bargaining zone" or "the zone of possible agreement" (ZOPA). The author gives a good example, as follows.

> *For example, suppose Esau, looking to get into business for himself, is willing to pay up to $ 200.000 for Jacob's catering business, while Jacob, interested in retiring, is willing to sell the business for any amount over $ 150.000. This difference between Esau's and Jacob's RP's creates a $50.000 bargaining zone. At any price between $ 150.000 and $ 200.000, both parties are better off agreeing to the sale of the business than they are reaching no agreement and going their separate ways.*
>
> *(...)*
>
> *In contrast, if the seller's RP is higher than buyer's RP, there is no bargaining zone. In this circumstance, there is no sale price that would make both parties better off than they would be by not reaching a negotiated agreement. Put another way, the parties would be better off not reaching a negotiated agreement. If Jacob will not part with his business for less than $150.000 and Esau will not pay more than $100.000 for it, there is no bargaining zone*[31].

[29] MURRAY, John S. *Understanding competing theories of negotiation. In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 18/21.

[30] KOROBKIN, Russell. *A positive theory of legal negotiation. 88 Geo. L. J. 1789 (2000). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 13/17.

[31] KOROBKIN, Russell. *A positive theory of legal negotiation. 88 Geo. L. J. 1789 (2000). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 14.

Another important aspect of negotiating is to be prepared to reach the reservation point (RP). RUSSELL KOROBKIN[32] emphasizes the studies and preparation for their own clients' interests, plus the other parties' interests to have the reservation point (RP) or "the zone of possible agreement" (ZOPA). Sometimes the parties do not express their real interests clearly, and, consequently lawyers need to go way beyond the conversation, such as in a divorce matter in which the woman wants to maintain the last name of her ex-husband to preserve the children's and the family's identity.

Effective negotiators recognize the Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA) and Worst Alternative to a Negotiated Agreement (WATNA) for the both parties. RUSSELL KOROBKIN[33] gives a good example:

> *This is of critical importance because without a precise and accurate estimation of his RP the negotiator cannot be sure to avoid the most basic negotiating mistake – agreeing to a deal when he would have been off walking away from the table with no agreement.*

In search for a more complete understanding of negotiation, BARBARA GRAY[34] describes how emotions are essential because parties are human beings, and involve their feelings after the injury. Moreover, sometimes parties want to vent emotions to the offenders, which can define the issue to be addressed in the negotiation. On the other hand, a skillful negotiator can manage this path during a mediation or conciliation hearing, avoiding that the parties' feelings get out of control.

---

[32] KOROBKIN, Russell. *A positive theory of legal negotiation. 88 Geo. L. J. 1789 (2000). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 13/17.

[33] KOROBKIN, Russell. *A positive theory of legal negotiation. 88 Geo. L. J. 1789 (2000). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 16.

[34] GRAY, Barbara. *Negotiation with your nemesis. 19 Negot J. 299-310 (2003). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 314/320.

Furthermore, CHRIS GUTHRIE[35] increases the path of negotiation with the theory of regret about litigation decisions turning out poorly, which means that lawyers should realize the type of litigant, litigant's personality, type of case and procedural posture in order to have the big picture of plaintiffs' manners. He continues explaining that (i) the Economic Theory incentivizes the settlement with financial facilities because it is expensive to go to trial; (ii) the Framing Theory describes that plaintiffs are able to settle, while defendants are more inclined to litigate; and (iii) the Regret Aversion Theory describes civil justice system as a settlement environment due to financial incentives and by offering emotional support.

3. Collaborative or integrative bargaining

Effective negotiators should expand options and avoid problems and to be a good listener. Besides that, they should also understand the difference between issues and interests in the negotiation. Weakness or lack of self-confidence is not a characteristic of collaborative lawyers, because they want to settle a fair and correct agreement.

One of integrative bargaining goals is to reconcile the parties with a solution that satisfies everyone. Parties should establish their interests to be achieved or something to be compensated to come up with creative solutions.

DEAN G. PRUITT[36] describes five methods for achieving collaborative or integrative bargaining, such as (i) expanding the pie; (ii) nonspecific compensation; (iii) logrolling; (iv) cost cutting; and (v) bridging.

Expanding the pie is about increasing the available resources. Giving creative wisdom with new alternatives is crucial to the collaborative process. Litigation lawyers should be open minded to, sometimes, strike down precedents and regulations that are not the best option for both parties and to settle the case.

---

[35] GUTHRIE, Chris. *Better settle than sorry: The regret aversion theory of litigation behavior. 1999 U. III L. Rev. 43-90. In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 334/344.

[36] PRUITT, Dean G. *Achieving integrative agreements. In Max Bazerman & Roy Lewicki. eds., Negotiating in Organizations 36-44 (1983). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 121/124.

Nonspecific compensation means information about what is valuable to the other party and information about how difficult it is going to be for the other party to make concessions (consequently, the riskier the demands, the higher the compensation).

Logrolling is to understand that parties have different priorities between issues or interests. Remember that interests and priorities are subjective, hence parties and lawyers should exchange information.

Cost cutting occurs when one party achieves its goal, even though the other party's costs are reduced or eliminated.

Bridging demands a reformulation of the problem according to underlying interests of both parties.

Briefly, negotiation can be defined as "thinking outside the box". CARRIE MENKEL-MEADOW[37] describes that

> *Gardner himself has speculated on the intelligences that might be marshaled for effective negotiation and legal problem solving: linguistic, logical, interpersonal, intrapersonal, and even spatial, are obvious candidates. Consider how we narrow the domain of legal problem solving by focusing so much of our education and knowledge base on only one or two of these intelligences.*

Negotiation requires BRAINSTORMING techniques, which means that parties and lawyers work creatively together to be able to generate ideas to achieve their goals and to improve their relationship. Patience and time are very important to begin and to have a brainstorm. For example, jumping to conclusions or closing off a discussion breaks down the negotiation process and brainstorming.

Negotiation and brainstorming also demand creativity, consequently parties and lawyers must get criticism out of the process. For example, the parties can have different religions; support different politicians with their own perspectives about environment and lifestyle (capitalism/socialism); or being fans of different soccer/basketball teams.

---

[37] MENKEL-MEADOW, Carrie. *Aha? Is creativity possible in legal problem solving and teachable in legal education. 6. Harv. Negotiation L. Rev. 97 (2001). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 136/139.

JENNIFER GERARDA BROWN describes creativity options related to lawyers and precedents:

> *Presenting the new, creative solution as an old idea rather than a new one may make it more acceptable to the other side. Lawyers, as we know, love precedent. Idea Arbitrage gives a creative solution a kind of pedigree or set of credentials it might otherwise lack if presented as a brand new idea.*
>
> *(...)*
>
> *It also seems clear that the nature of the negotiation will strongly determine the kinds of creativity-enhancing techniques that are useful. (...) Our field needs more work on creative thinking specific to the negotiation of conflict in order to improve legal education and the representation that clients eventually receive.*

The current question is: what motivates people in negotiation?

Effective negotiators realize the importance of patience and persistence to settle a case because some parties and lawyers want to avoid negotiation without any specific reason. For example, the opponent and respective lawyer are used to go to trial, so negotiation process is a new path, which means lack of confidence and knowledge.

WILLIAM URY[38] mentions five steps of negotiation: (i) go to the balcony (control your own behavior); (ii) step to their side (good listener to understand the other party`s needs, avoiding bad feelings and trying to agree wherever is possible); (iii) reframe (stay away from problems, stick together to the interests); (iv) build them a golden bridge (get involved with the opponent`s interests and help them to think that the outcome was their idea); (v) bring them to their senses (demonstrate good results with the possible settlement, that go to trial is going to be worse for costs and time; and show your Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA).

Despite the point of view above, some other authors have another perception about negotiation, including some exotic characteristics.

[38] URY, William. *Getting past no: dealing with difficult people. 137-46 (1991). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 189/194.

There is a cyclical process in negotiation that JANOS NYERGES[39] describes about lawyers behavior in collaborative or integrative bargaining, such as (i) love and cherish own trade (strong sense of professionalism); (ii) have courage (command respect); (iii) "the eagle`s eye must be the lawyer's" (speed of assessment of the situation); (iv) there is no problem, only opportunities (to bend over backwards); (v) act honestly under the circumstances (intellectual and moral); (vi) love the opponent (respect the other side); (vii) put himself in the shoes of the opponent (to understand the reservation point, but focus on your own goals); (viii) lead the opponent to be a partner (helps the trust); (ix) discover the other party`s goals before negotiating; and (x) energy and focus to achieve the goals, respecting the intellectual capacity of any opponent.

JANOS NYERGES[40] continue saying that:

> *The good negotiator sees such crises coming, and is prepared to meet them. The better negotiator prepares for such crises, taking good care that the stakes and risks on the other side are greater than his or her own.*

Finally, collaborative or integrative bargaining is about listening each other, understanding all needs and interests, coming up with creative solutions, demonstrating BATNAs and WATNAs to get the ZOPA, and, consequently, to reach good agreement for the both parties.

4. Social Media and Brazilian Precedents

Given the characteristics of negotiation, can the parties and lawyers be collaborative in social media matters?

[39] NYERGES, Janos. *Ten Commandments for a negotiator. 3 Negot J. 21, 21-26 (1987). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 21/25.

[40] NYERGES, Janos. *Ten Commandments for a negotiator. 3 Negot J. 21, 21-26 (1987). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 21/25.

First of all, ANTONIO CARLOS MARCATO[41]`s study explains the duration of proceedings, because in Brazil it takes a long time to come to the end of it. The European Convention on Human Rights and the Federal Constitution of Brazil enforce effectiveness and reasonable duration of the process, however that is not what has been happening.

Secondly, RICARDO DE BARROS LEONEL`s study provides important reflection about Civil Procedure rules and Constitutional rules, specially about the reasonable duration of the process set forth in the Federal Constitutional of Brazil (article 5, LXXVIII, of the Federal Constitution), which gives it a constitutional degree with more protection and care about its conclusion.

These two studies focus on negotiation, therefore speeding up the period of lawsuit, which is crucial to the parties' solution. Sometimes Brazilian lawsuits can last for over fifteen years, depending on the appeals or other dilatory actions of lawyers and the Court`s law clerks.

In summary, precedents are also a useful tool to speed up the lawsuit. In summary, Brazilian precedents are being used for important subject matters to find a faster solution, including multiple cases that overload Courts' offices. Nevertheless, Brazil adopted the *civil law system*, which means that only law could prevent and solve the cases with solutions, but precedents have become increasingly important since the enactment of the new Code of Civil Procedure (Law 13.105/2015).

Knowing about negotiation and about Brazilian rules and the use of precedents in this country, the question is: can Brazilians use negotiation in lawsuits cases, especially with social media subject?

In short, the study of social media can start with the European system, since it is more advanced in terms of regulation and rules about it, such as (i) Directive *95/46*/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data; (ii) European Convention on Human Rights; (iii) *Regulation* (*EU*) 2016/679 of the Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; (iv) the Consumer Rights *Directive 2011/83*/EU is a

[41] MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. Available at: [http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf]. Access on 4/23/ 2017.

consumer protection measure in EU law; (v) the Unfair Terms in Consumer Contracts *Directive 93/13/EEC* is an European Union directive governing the use of surprising or onerous terms used by business in deals with consumers; (vi) *Directive 2000/31*/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('*Directive* on electronic commerce'); etc.

Finally, the European system[42] determines certain requirements to reveal the processing of personal data, such as (i) principle of transparency; (ii) the purpose of processing personal data; and (iii) permission to do direct marketing using personal data.

From Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)[43], the answers are:

> *(58) The principle of transparency requires that any information addressed to the public or to the data subject be concise, easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language and, additionally, where appropriate, visualization be used. Such information could be provided in electronic form, for example, when addressed to the public, through a website.*
>
> *(50) The processing of personal data for purposes other than those for which the personal data were initially collected should be allowed only where the processing is compatible with the purposes for which the personal data were initially collected.*
>
> *Article 21*
>
> *(...)*
>
> *2. Where personal data are processed for direct marketing purposes, the data subject shall have the right to object at any time to processing of personal data concerning him or her for such marketing, which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing.*

[42] Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679. Access on em2/22/2018 at 10:46.p.m.

[43] Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679. Access on1/21/2018 at 10:46 p.m.

> *3. Where the data subject objects to processing for direct marketing purposes, the personal data shall no longer be processed for such purposes.*
> *(170) (...) In accordance with the principle of proportionality as set out in that Article, this Regulation does not go beyond what is necessary in order to achieve that objective.*

Compared to Brazil's rules for social media, Europe is way more advanced; hence, there are great guidelines for negotiation. Parties and lawyers are used to deal with certain situations and can be creative to find new solutions for different cases. As they know the path, they are confident to be aggressive so as to cause a brainstorm.

On the other hand, ALESSANDRO HIRATA`s[44] study explains that Facebook was suited twenty-two times by Max Schrems, a Law Student from Vienna, who filed a lawsuit due to the unauthorized provision of his personal data when he was a Facebook user, such as (i) pokes; (ii) shadow profile; (iii) tagging; (iv) synchronize; (v) deleted posts; (vi) posts in other user page; (vii) messages, including private one; (viii) terms and data policy, including permission to cookie use; (ix) facial recognition; (x) information request; (xi) deleted tags; (xii) data security; (xiii) applications; (xiv) deleted friends; (xv) overhead data processing; (xvi) *Opt-out system* against European Law; (xvii) Like`s button; (xviii) data processing`s duties; (xix) rules of private photos; (xx) deleted photos; (xxi) groups; and (xxii) new terms and data policy.

In addition to solving each problem involved in the lawsuits briefly described above, Ireland created a Data Protection Commissioner[45] to discuss about improvement in rules and relevant cases.

Differently from the developed Europeans' social media system, Brazil is trying to improve its law and regulations to deal with the cases.

The picture of social media rules in Brazil has been built and it is basically related to (i) Internet Civil Framework - Law n. 12.965, 4/23/2014); (ii) (Consumer Protection Code – Law n. 8.078, 9/11/1990); Civil Code (Law n. 10.406, 1/10/2002).

---

[44] HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. In: Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 201, separata. Brasília: Senado Federal, Secretaria de editoração e publicações, março de 2014. pp. 17 – 27.
[45] Available at: https://www.dataprotection.ie/docs/Law-On-Data-Protection/m/795.htm. Access on 2/21/2/2018 at 11:32 p.m.

We speculate that the consequences of negotiation in Brazil can be challenging, due to the lack of regulation about some situations. For example, must Facebook really provide information like processing of personal data or activity to a Public Prosecutor or another party after a Court decision?

The empirical results of four lawsuits about social media help to respond how Brazilians Court tend to decide. The cases are (i) *Recurso em Mandado de Segurança* (Writ of Mandamus) n. 55.050 – SP to the Superior Court of Justice[46]; (ii) *Recurso Especial* (Special Appeal) n. 1698647-SP to the Superior Court of Justice[47]; (iii) *Agravo de Instrumento* (Interlocutory Appeal) n. 2196433-50.2017.8.26.0000 to the Court of Justice of the State of São Paulo[48]; and (iv) *Tutela Cautelar Antecedente* (Preliminary Injunction) n. 1124962-79.2017.8.26.0100 to the 21st Civil Division of the Central Court of the [49].

In the first lawsuit, *Recurso em Mandado de Segurança* n. 55.050 – SP to the Superior Court of Justice, Facebook was sentenced to pay R$ 3.96 million due to its refusal to obey a judicial decision about providing the processing of personal data of people who are being suit for criminal matter. Facebook's defense sought information with the company's employees located abroad and which are subject to another regulation and did not have access to such information. The Brazilian Court did not accept that argument and Facebook had an unfavorable outcome in that case.

The second one, *Recurso Especial n*. 1698647-SP to the Superior Court of Justice, the decision was to clear the URL history and offensive videos on YouTube, and

[46] STJ, Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança n. 55.050-SP, Reporting Judge Minister Reynaldo Soares da Fonseca, 5th Panel, Appellant: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., Appellee: Federal Government; Judgment Date: 10/3/2017; Publication Date: 10/11/2017.

[47] STJ, Recurso Especial 1698647/SP, Reporting Judge Minister Nancy Andrighi, 3rd Panel, Judgment Date: 2/6/2018; Publication Date: DJe 2/15/2018.

[48] TJSP, Agravo de Instrumento 2196433-50.2017.8.26.0000; Reporting Judge (a): Rodolfo Pellizari; Judging Body: 6the Chamber of Private Law; Central Civil Court – 19th Civil Section; Judgment Date: 2/08/2018; Registration Date: 2/8/2018.

[49] 21st Civil Section of the Central Court – SP, Proceeding n. 1124962-79.2017.8.26.0100, *Tutela cautelar antecedente* (Preliminary Injunction), Plaintiff: Maria Salete Nahás Pires Corrêa, Defendant: Isabel Costa and Instagram – Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

the plaintiff had to provide the URL address. This did not happen and YouTube had a favorable outcome in this case.

The third lawsuit, *Agravo de Instrumento* n. 2196433-50.2017.8.26.0000 to the Court of Justice of the State of São Paulo, Google was condemned to delete a video with fake news, and inform the authors of the videos about the reasons. Google had an unfavorable outcome in this case, but it has already obeyed the decision.

The fourth and last lawsuit analyzed, *Tutela Cautelar Antecedente* n. 1124962-79.2017.8.26.0100 to the 21st Civil Division of the Central Court of the Capital, the decision was that Facebook and Instagram had to inform URLs pages to solve the problem between Maria Salete Nahás and Isabel Costa, which was immediately complied with. This case can be related to negotiation because, instead of delaying the information with motions and appeals about conflict jurisdiction or cross-frontier data flow, the social media players provided the information as soon as they were aware of the judge's decision. In addition, social media players are making efforts to abide the Brazilian Law, even in cases where Facebook and Instagram are based in the U.S., Ireland or another country with a different regulation about data protection.

The empirical results provide clear lessons about Brazilians precedents in social media subject, which means that nowadays Brazilians Court have no settled understanding and standardized decisions.

5. Conclusion

In summary, negotiation is about listening the other party's needs and interests, discovering the BATNAs, the WATNAs and the ZOPA, working creatively to have a brainstorm and settle the case with good arrangements for both parties.

According to empirical research, there is a long path for Brazil to achieve the European level of laws and regulation about social media, which would give more protection of privacy, cross-frontier data flow, access to information, data protection, disclosure of information and personal data.

At the end, despite the lack of Brazilian's regulation, negotiation should be introduced and encouraged in social media matters, since the numbers of users are increasing.

6. References

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão.* Revista de Processo, vol. 111/2003, p. 103/112.

_____. Temas de Direito Processual Civil (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 309/312.

BROWN, Jennifer Gerarda. *Creativity and problem-solving. 87 Marq. L. Rev. 697-707 (2004). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 140/146.

COHEN, Jonathan R. *Advising Clients to Apologize, 72 S. CAL. L. REV. 1009-69 (1999). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 344/349.

GILSON, Ronald & MNOOKIN, Robert H. *Disputing through agents: cooperation and conflict between lawyers in litigation. 94 Colum. L. Rev. 509. 534-40 (1994). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 50/53.

GRAY, Barbara. *Negotiation with your nemesis. 19 Negot J. 299-310 (2003). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 314/320.

GOODPASTER, Gary. *A primer on competitive bargaining. 1996 J. Disp. Resol. 325-30. In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 10/13.

GUTHRIE, Chris. *Better settle than sorry: The regret aversion theory of litigation behavior. 1999 U. III L. Rev. 43-90. In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 334/344.

HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. In: Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 201, separata. Brasília: Senado Federal, Secretaria de editoração e publicações, março de 2014. pp. 17 – 27.

KOROBKIN, Russell. *A positive theory of legal negotiation. 88 Geo. L. J. 1789 (2000). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 13/17.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. O ônus de ler o contrato no contexto da "ditadura" dos contratos de adesão eletrônicos. In: Direito e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] CONPEDI/UFPB (org.) ROVER, Aires José Rover; CELLA, José Renato Gaziero; AYUDA, Fernando Galindo. Florianópolis: CONPEDI, 2014. pp. 343 – 365. Available at em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03, Access on 2/21/2018 at 11 p.m.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. Available at: [http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf]. Access on April 23, 2017.

MENKEL-MEADOW, Carrie. *Aha? Is creativity possible in legal problem solving and teachable in legal education. 6. Harv. Negotiation L. Rev. 97 (2001). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 136/139.

MURRAY, John S. *Understanding competing theories of negotiation. In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 18/21.

PRUITT, Dean G. *Achieving integrative agreements. In Max Bazerman & Roy Lewicki. eds., Negotiating in Organizations 36-44 (1983). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 121/124.

NYERGES, Janos. *Ten Commandments for a negotiator. 3 Negot J. 21, 21-26 (1987). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 21/25.

URY, William. *Getting past no: dealing with difficult people. 137-46 (1991). In* Negotiation and Settlement advocacy. A Book of readings by Charles B. Wiggins and L. Randolph Lowry. Reprinted with the permission of the Southern California Law Review. Pages 189/194.

CONSTITUIÇÃO, LEGALIDADE E EQUIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

CONSTITUTION, LEGALITY AND EQUITY AT LAW

Nagib Slaibi Filho[50]

Resumo

O presente trabalho aborda a questão da aplicação do Direito na Constituição e no Código de Processo Civil, de 2015.[51]

Para melhor compreender o Direito atual, necessário entender sua origem.

Herdamos muitos princípios do governo de Justiniano, há mil e quinhentos anos, do Código de Hamurabi, dentre outros, bem como do Código Civil Frances de 1804. Justiniano nos legou o sistema jurídico conhecido como *Civil Law*, que tem o texto escrito como grande fonte do Direito, e que predomina na Europa Continental e nos países que colonizaram, e o *Common Law*, no qual do costume exsurge o Direito, com predomínio na Inglaterra e nos países que ela influenciou.

As constituições dos séculos XIX e XX, este na sua primeira metade, tinham a eficácia de suas normas dependendo do legislador, pois a sua aplicabilidade somente decorriam de leis votadas pelo Parlamento, mormente no que diz respeito aos direitos individuais nelas declarados.

Já as constituições, a partir de meados do século XX, também declaram os direitos e garantias fundamentais, mas desde logo lhes impõe a eficácia, como se vê na Constituição brasileira, no texto promulgado em 5 de outubro de 1988:

[50] SLAIBI FILHO, Nagib. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense, Doutor em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Pós-doutorando em Direito, pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Buenos Aires (Argentina). Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Salgado de Oliveira e da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

[51] SLABI FILHO, Nagib. *Constituição, Legalidade e Equidade, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária*, 2018.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

. . . .

§ 1º *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

§ 2º *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Então os direitos e garantias individuais, também denominados direitos humanos ou direitos fundamentais, ganham supremacia e perenidade sobre as maiorias legislativas temporárias.

Em decorrência de tal eficácia das normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais, aqui serão abordados temas como legalidade estrita e equidade na aplicação do Direito, em sistema jurídico românico-germânico, como o Direito brasileiro.

Palavras-chave: Civil Law; Commom Law; Constituição; Direitos e Garantias Fundamentais; Equidade; Juiz; Jurisdição contenciosa e/ou voluntária e Legalidade estrita.

Abstract

This paper deals with the application of Law in the Constitution and in the Code of Civil Procedure, 2015.

To better understand the current law, it is necessary to understand its origin.

We inherited many principles of Justinian's government, one thousand five hundred years ago, from the Code of Hammurabi, among others, as well as the French Civil Code of 1804. Justinian left us the legal system known as *Civil Law*, which has written text as a great source

which predominates in Continental Europe and in the countries which it colonized, and the *Common Law*, in which the Law exsurges, with a predominance in England and in the countries which it has influenced.

The constitutions of the nineteenth and twentieth centuries, in its first half, had the efficacy of their norms depending on the legislator, since their applicability only arose from laws passed by Parliament, especially with regard to the individual rights declared in them.

On the other hand, since the mid-twentieth century, the constitutions have also declared the fundamental rights and guarantees, but they have already imposed on them the effectiveness, as seen in the Brazilian Constitution, of the text promulgated on October 5, 1988:

> *Art. 5º. Everyone is equal before the law, without distinction of any kind, guaranteeing to Brazilians and foreigners residing in Brazil the inviolability of the right to life, liberty, equality, security and property, as follows:*
>
> *§ 1º. The norms that define fundamental rights and guarantees have immediate application.*
>
> *§2º. The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others arising from the regime and the principles adopted by it, or from international treaties to which the Federative Republic of Brazil is a party.*

So individual rights and guarantees, also called human rights or fundamental rights, gain supremacy and perenniality over temporary legislative majorities.

As a result of the effectiveness of the constitutional rules of fundamental rights and guarantees, we will deal here with topics such as strict legality and fairness in the application of Law, in a Romanesque-German legal system, such as Brazilian law.

Key-words: Civil Law; Commom Law; Constitution; Fundamental Rights and Guarantees; Equity; Judge; Contentious and/or voluntary jurisdiction and Strict legality.

O Direito é muito mais do que está no texto escrito das leis. Sua aplicação, em cada caso, transborda do mero critério da interpretação literal ou semiológica para alcançar aspectos que o legislador não poderia nunca suspeitar, mesmo porque sua capacidade de profecia é muito restrita.

Exemplo que já se torna clássico dos limites impostos ao legislador pela incapacidade de prever o avanço social, pode-se ver sobre o acesso aos Tribunais pelos hipossuficientes economicamente, desde a orientação da velha Lei nº 1.060, de 1950, vigente ainda que em parte, bem como do disposto no art. 98 do Novo Código de Processo Civil, ambos incorrendo em graves equívocos, mas que são perfeitamente remediados em cada caso pelo aplicador do Direito.

Dispunha o art. 3º da Lei nº 1.060/50, de rol que denominou de *isenções à assistência judiciária*, que teve a redação alterada algumas vezes nos seus mais de sessenta anos de vigência, por força, até mesmo, de inovações tecnológicas que não poderiam ser suspeitadas nos meados do século XX, quando foi redigida a Lei da Assistência Judiciária.

Tal ato, aliás, decorreu de notável esforço legislativo para permitir o acesso à Justiça de milhões de pessoas que não podiam pagar as custas devidas aos cartórios judiciais, então todos em regime desoficializado, isto é, servidores que não recebiam retribuição remuneratório do Poder Público mas somente das próprias partes que se socorriam de providências judiciais.

Exemplo clássico de decorrência de inovação tecnológica é o inciso VI do mencionado art. 3º, incluído pela Lei nº 10.317, de 2001, isentando o assistido do pagamento *das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.*

Vem agora o § 1º do art. 98 do Código de Processo Civil, de 2015, e em nove incisos, aferrando-se na esperança de aplicação somente pelo critério da legalidade estrita, tenta na verdade limitar o conteúdo das providencias em favor do assistido e, o que é pior, sem uma prudente norma de encerramento, aquela que, no clássico ensinamento do mestre italiano Giuseppe Chiovenda, estipula que os casos não previstos explicitamente nas disposições legais, sejam também compreendidos em hipóteses similares.

Antes se justificava ao legislador a previsão de cada isenção, pois estávamos nos meados do século XX e a ordem jurídica considerava que a lei deveria regulamentar os direitos e garantias da Lei Maior, pois ela os declarava na defesa do indivíduo em face do Poder Público, como era a essência do antigo regime liberal herdado do século XIX. Até então, a Constituição tinha a sua autoridade dependente do legislador, salvo raras exceções, pois vivíamos em épocas de pretensa ascendência do Parlamento e da lei que expressava a vontade das maiorias legislativas.

Mas agora estamos no século XXI, na plena vigência de Constituição que se espera perene e suficientemente aberta para as exigências da sociedade, que no seu art. 5º, §§ 1º e 2º, impõe que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, dispensando a elaboração de leis para a sua eficácia, e que os direitos e garantias não são somente aqueles expressos ou escritos no texto constitucional, mas também todos aqueles que decorrem dos princípios da Constituição, do regime democrático de Poder e dos atos internacionais ratificados por nosso país.

Antes a transitoriedade das leis postas pelas eventuais maiorias parlamentares, o que se espera agora é a supremacia e a perenidade da norma constitucional que abrange quase todos os setores da vida social e impõe comandos suficientemente abertos para guiar diversas gerações.

Se não mais os direitos e garantias fundamentais têm taxatividade expressa na Constituição, certamente o legislador ordinário, justamente em tema tão importante como o acesso à Justiça, não pode aspirar que tenha força de enumerá-los de forma precisa e inexorável...

Antes estava em vigor art. 4º da então Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, a dispor:

> *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).*

Então naquela época a regra era o princípio da legalidade estrita, pois incumbia ao juiz aplicar as regras de conduta decorrentes da lei; não as havendo, aplicava subsidiariamente a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Mas com o NCPC a orientação é bem diversa, pois muita coisa mudou tanto na Constituição quanto na própria lei!

Dispõe o seu art. 1º:

> *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais*[52] *estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

E sobre o processo diz ainda o art. 7º:

> *É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*.

No plano da aplicação das normas regentes do processo, havendo-se este como a relação entre partes e órgão jurisdicional, o juiz aplicará as normas e valores constitucionais, quase todos eles a introduzir normas de conceito indeterminado, normas em branco ou normas que não são mais fechadas, que tentavam esgotar, nunca com sucesso, as possibilidades fáticas. Somente supletivamente vai aplicar no caso concreto as normas decorrentes de dispositivos do Código de Processo Civil.

Nem a mais descabelada interpretação poderá extrair do disposto no art. 7º do novo CPC a ideia de que o mesmo somente visa proteger o princípio da igualdade formal: a paridade de

[52] Sobre texto ou dispositivo, norma e valor, ver, entre outros, SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*, 3ª. ed., notadamente o capítulo III, sobre a norma constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais certamente só pode ser vista em cada situação concreta, em cada caso, nunca em tese!, em olímpica aplicação do Direito que abstrai dos fatos em julgamento.

Em cada processo, deve o juiz atentar para as condições das partes para lhes assegurar a igualdade de tratamento material.

Não mais é o juiz o frio e olímpico árbitro que esperava o resultado para proclamar o vencedor dos embates como se fossem aqueles entre os cavaleiros medievais, contratados para lutarem pelas partes nas ordálias ou nos juízos de Deus...

Mais à frente, dispõe o NCPC sobre os poderes, os deveres e a responsabilidade do Juiz, todos levando em conta o que denominou de *tutela do direito* material[53], principalmente o que se contém nos incisos I, II, IV e VI:

> *Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*
> *I - assegurar às partes igualdade de tratamento;*
> *II - velar pela duração razoável do processo;*
> *III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;*
> *IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;*
> *V - promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;*
> *VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;*
> *VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;*

[53] Sobre as relações de direito material e direito processual, ver GUTIERREZ, Cristina. *Dever judicial do julgamento do mérito.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

> *VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;*
> *IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;*
> *X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.*
> *Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.*
> *Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*
> *Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

Não existe mais a essencialidade da norma infraconstitucional na realização do Direito, pois o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas da Constituição, em atenção prioritária, e, secundariamente, conforme as disposições constantes do Código de Processo Civil.

É o comando que se vê no art. 1º quanto à aplicação das normas processuais.

E quanto à aplicação das normas materiais, de direito material, na resolução dos conflitos de interesse, não há dispositivo no Código de Processo Civil de 2015 similar ao do princípio da legalidade do anterior art. 126 da revogada Lei de Ritos, pois agora comanda de forma mais abrangente:

> *Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade*

> *da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Compare-se tal dispositivo com os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

> *Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*
>
> *Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

A legalidade estrita é a aplicação da norma que resulta do processo de interpretação literal ou gramatical ou semiológica, critério hermenêutico que predominou até os meados do século passado a prestigiar o legislador.

Claro que se inexistir lei que disponha sobre o caso, deve o juiz, mesmo assim, julgar a causa, como decorre do disposto no art. 140 do Código de Processo Civil:

> *Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*
> *Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

A aplicação do critério da legalidade é objetivo, limitando o juiz a resolver o caso de acordo com a previsão do legislador.

Certamente o legislador não consegue prever a multidão dos casos ocorrentes, razão pela qual o ordenamento legal da família do *Civil Law* é obrigado a prever o que está no *caput* do art. 140, como válvula de escape de garantia do denominado Estado de Direito.

Já a aplicação de norma que resulta de processo de interpretação histórica, atualizando o sentido do texto legal, de conceitos jurídicos indeterminados, que dependem do caso para se

concretizar, ou da interpretação axiológica, decorrente do interesse ou do valor, da objetividade jurídica da elaboração do texto, resultam, todos esses critérios de interpretação, no julgamento por equidade, isto é, dar ao caso a solução mais adequada.

Pode tomar o conceito de equidade do disposto no art. 723 do Código de Processo Civil de 2015, parágrafo único, em disposição nos mesmos termos do art. 1109 do Código de Processo Civil de 1973: *O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna*.

Repita-se: equidade é adotar o juiz, em cada caso, a solução que considerar mais conveniente ou oportuna, desde que, evidentemente, o faça fundamentadamente, como lhe exige as normas decorrentes do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

O art. 127 do Código anterior foi repetido no parágrafo único do art. 140 do NCPC, pois *o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei*.

Note-se que a lei autoriza o juiz a julgar por equidade tanto expressamente, como no art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, e art. 944, parágrafo único do Código Civil, ou implicitamente, como está na cabeça do citado art. 944:

> *Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*
> *Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

Herdamos o julgamento pelo critério da legalidade estrita da Europa Continental e o julgamento por equidade da Grã-Bretanha.

Justiniano (482-565) tornou-se o Imperador do Sacro Império Românico-Germânico em 527 d. C. e pretendia governar centenas de povos em uma grande extensão do mundo então conhecido. Aliás, o título de imperador designa, justamente, o governante de vários povos, enquanto o título de rei é dado ao governante de um povo determinado.

Contudo, o governo de Justiniano dependia de meios rudimentares e lentos de comunicação como navios e cavalos e o seu vasto império compreendia reis, povos e costumes das mais diversas culturas, embora todos pudessem ser considerados como cidadãos iguais em direitos

civis, como decorria do Édito de Caracala de 212 d.C, concedendo a condição de cidadãos romanos, buscando aumentar a receita fiscal, a todos os estrangeiros (peregrinos) livres.

Decorreu aí a necessidade de tentar impor uma legislação comum, que afastasse os direitos vigentes em cada região, garantisse o governo central, evitasse a dispersão do império e conferisse tanto quanto possível uma identidade comum em tanta diversidade cultural.

Daí o *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil) que Justiniano mandou organizar, composto por quatro partes: o *Codex*, que continha toda a legislação romana revisada desde o século II; o *Digesto* ou *Pandectas*, composto pelo ensinamento dos doutrinadores romanos; as *Institutas*, de conteúdo pedagógico com os princípios fundamentais do Direito, e as Novelas ou as Autênticas, as leis formuladas por Justiniano.

As leis escritas, postas pelas divindades ou pelos governantes em nome destas, e porque geralmente as pessoas eram iletradas, eram relativamente raras até então, como se vê em documentos esparsos como o Código de Hamurabi (1700 a.C), o Código de Manu (de 1200 a.C), a legislação atribuída a Moisés (900 a.C), as leis de Sólon (594 a.C), a Lei das XII Tábuas (451 a.C) etc.

Evidentemente os textos legais antes citados, quase todos atribuídos à divindade, somente eram conhecidos por raros letrados, geralmente funcionários, inclusive clérigos, que podiam entender os símbolos gráficos e que mesmo assim nem sempre poderiam apreender o seu significado, o que dependeria de sua capacidade individual.

Por isso o *Corpus Iuris Civilis* foi divulgado em Latim, a língua que foi usada como padrão universal até os séculos XV e XVI, depois substituída nessa função pelo francês e, desde os meados do século XIX, pelo inglês.

A criação dos grandes Estados nacionais, dos quais Portugal foi o primeiro no século XV, e a consequente institucionalização de línguas nacionais como o português, o espanhol, o inglês e o francês, ao lado da criação da imprensa no século XVI, permitiu a divulgação das leis escritas, de forma a chegar ao que o Código Civil francês de 1804 colocou como presunção adotada até hoje pelo nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil, e atual Lei de Introdução às normas

do Direito Brasileiro, no art. 3º, de que *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*

Justiniano nos legou o sistema jurídico denominado de Direito Românico-Germânico, ou a família jurídica do *Civil Law*, sistema jurídico da Europa Continental, em que a fonte primeira da norma jurídica é o texto legislado, posto pelo poder, como ainda estava no art. 126 do anterior Código de Processo Civil: *o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

No sistema do *Civil Law* a grande fonte do Direito é o texto escrito, de onde se extrai a norma que regula a conduta em cada caso.

A norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder acima da sociedade.

Inexistente a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento. Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada pelo grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

O outro grande sistema jurídico é o *Common Law*, também denominado sistema anglo-americano, em que a grande fonte do Direito é o costume, buscando o juiz a conduta social como paradigma para o julgamento do caso concreto, ficando vinculado ao precedente não só o do próprio tribunal como os dos tribunais superiores.

No terreno constitucional os norte-americanos optaram pela Constituição escrita, embora tenham interpretado e atualizado os textos da Constituição, e de suas Emendas, pela hermenêutica dada pelos Juízes, principalmente os da Corte Suprema, que trouxeram para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803.

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para

solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais *(statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

Esse sistema de Direito jurisprudencial surgiu na Inglaterra, no século XII, com a criação, por Henrique II, em 1154, de juízes visitantes do rei, cujas decisões, revistas pelas Cortes Reais, deram origem a um corpo de julgados uniformes (precedentes), que, a partir de 1800, tornaram-se obrigatórios para todos os juízes. Esse sistema domina na Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda, no Canadá (menos Quebec), na Nova Zelândia, na Austrália e nos Estados Unidos (menos em alguns Estados, de colonização francesa ou espanhola).

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o do *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e o código, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência e o costume; ambos os sistemas, no entanto, estão inspirados pelas instituições jurídicas desenvolvidas na Roma antiga.

Desde logo, destaque-se que os procedimentos de concessão ou de cassação ou de revogação da gratuidade de Justiça têm evidente conteúdo de procedimento de jurisdição voluntária ou jurisdição graciosa e não de jurisdição contenciosa.[54]

A jurisdição contenciosa, no ensinamento de Giuseppe Chiovenda, é a atividade jurisdicional que se caracteriza pela substituição da vontade da parte, como se vê, por exemplo, na ação consignatória quando a sentença substitui o recibo negado pela parte, na ação condenatória em que a sentença substitui o título de crédito negado pelo devedor etc.

Já a jurisdição voluntária, também chamada de jurisdição graciosa, é a atividade em que o juiz complementa o que a vontade do interessado não pode por si mesma alcançar, como se vê, por exemplo, no alvará que se requer ao juiz para autorizar a venda de bem de pessoa incapaz, que não pode juridicamente manifestar a sua vontade.

Na jurisdição contenciosa, aplica-se, de regra, a legalidade estrita e somente se aplica a equidade quando esta for autorizada pela lei ao Juiz.

[54] Sobre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, ver, entre outros, SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença Cível – Fundamentos e Técnica*. 9ª edição, Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017.

Já na jurisdição voluntária a regra é a equidade, como decorre dos antes transcritos arts. 1.109 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 723 do Código de 2015:

> *Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*
>
> *Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias.*
> *Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.*

Daí se vê que se mostram inglórias as tentativas do Código de Processo Civil de 2015 em regular, como se aplicável somente o princípio da legalidade estrita, a gratuidade dos serviços judiciários, a qual é apreciada e julgada, em todos os casos, pelo critério da equidade, a depender a solução de cada caso, mediante, é claro, a suficiente e densa fundamentação que exige a norma decorrente do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

Em épocas anteriores, embora alguns o façam até hoje..., utilizavam os juízes, em decorrência de disposições da Lei nº 1060/50, o critério de somente conceder a gratuidade dos serviços judiciários se o requerente dispusesse de renda até 2 salários mínimos (aproximadamente, dois mil reais), o que hoje estaria impossibilitado porque as despesas iniciais do processo geralmente chegam, em muitos Estados da Federação, a mais de mil reais.

Qualquer tabela para a concessão da gratuidade dos serviços judiciários se mostra, desde logo, injusta e inviável para o exercício do impostergável direito de acesso à jurisdição: ao juiz, e ao advogado, cabe, desde logo, apreciar a situação concreta da parte, inclusive as circunstancias que podem, eventualmente, representar ônus financeiro sobre o salário que percebe.

Concluindo, os símbolos gráficos que nos são dados pelo legislador são instrumentos de realização de Justiça, a qual, no entanto, somente se manifesta se o juiz cumpre o seu papel de ir além do texto legal para realizar em cada caso a Justiça.

Bibliografia

GUTIERREZ, Cristina. *Dever judicial do julgamento do mérito.* Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SLABI FILHO, Nagib. *Constituição, legalidade e equidade, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária.* Disponível em: <http//:www.nagib.net>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. *Direito constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Sentença cível – fundamentos e técnica*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

LEGAL STANDING OF THE PUBLIC DEFENDER AND THE OAB (BAR ASSOCIATION OR BAR COUNCIL) IN PUBLIC CIVIL ACTION

Álvaro José do Amaral Ferraz Rodrigues[55]

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar, de forma crítica e analítica, a legitimidade ativa da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil em ação civil pública. Após uma análise mais aprofundada, concluir-se-á que doutrina e jurisprudência não possuem entendimentos uníssonos, embora atualmente haja certa tendência correta de uniformização.

Palavras-chave: Processo Civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Defensoria Pública. Ordem dos Advogados do Brasil.

Abstract:

This article aims to examine, critically and analytically, the legitimacy of the Public Defender and the OAB (Bar Association or Bar Council) to filled class actions. Upon further considerations, it can be concluded that currently there is no consolidated position of the doctrine (scholarship

[55]Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogado. (aferraz@basilioadvogados.com.br)

opinion) and the jurisprudence on the matter, although there is currently a correct standardization trend.

Keywords: Civil procedure. Public civil action. Legal Standing. Public Defender. OAB (Bar Association or Bar Council).

Sumário: 1. Condições da ação e legitimidade ativa em ações coletivas, com foco na ação civil pública. 1.1. Teorias sobre o direito de ação e análise das condições da ação. 1.2. Representatividade adequada/pertinência temática em ação civil pública. 2. Legitimidade ativa da Defensoria Pública em ação civil pública. 2.1. Defensoria Pública como substituta processual de pessoas economicamente necessitadas ou não? 2.2. Constitucionalidade do art. 5º, II da Lei nº 7.347/8556 – recente julgamento, pelo STF, da ADI 3943/DF, sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia. 3. Legitimidade ativa da Ordem dos Advogados do Brasil em ação civil pública. 3.1. Legitimidade universal da OAB para ajuizar ação civil pública. 3.2. Legitimidade da OAB para ajuizar ação civil pública limitada à pertinência temática. Conclusão.

1. Condições da Ação e Legitimidade Ativa em Ações Coletivas, com foco na Ação Civil Pública

1.1. Teorias sobre direito de ação e sobre análise da legitimidade

Há diversas teorias que explicam as condições da ação[57]. As principais teorias criadas acerca do instituto "direito de ação" são: (i) a imanentista; (ii) a concretista; (iii) a abstrata; (iv) a eclética; e (v) a eclética revisitada.

A teoria imanentista, também conhecida como civilista, clássica e/ou privatista, defendida por Savigny, vigorou até o século XVII. Ela não distinguia o direito de ação do direito

56 Art. 5º Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). (...) II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

57 Embora não se desconheça a controvérsia (DIDIER Jr., Fredie. Será o fim da categoria condição da ação? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 255-260; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. E Alexandre Freitas Câmara. Revista de Processo. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, p.

material, já que entendia ser a ação o próprio direito material em juízo. O direito material, quando violado ou ameaçado, transformava-se em ação, pois se entendia que ambos eram o mesmo instituto. Para essa teoria, "não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito"[58].

A teoria concretista, ou do direito concreto à tutela jurisdicional, defendida por Bulow, entende que o direito de ação é diferente do direito material, sendo aquele, entretanto, dependente deste. Criou-se, aqui, por Chiovenda, as condições para o regular exercício do direito de ação, quais sejam, (i) a legitimidade das partes; (ii) o interesse jurídico; e (iii) a existência do direito material. Ou seja, o autor de um processo judicial, para esta teoria, só poderia exercer o direito de ação se se valesse do direito material, razão pela qual o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável ao autor[59].

A teoria abstrativista, ou abstrata, surge para conflitar com a teoria concreta. Afirma-se, aqui, que a ação pode existir sem o direito material, já que o autor, embora desprovido do direito material, teria o direito incondicionado de exercer a ação. Logo, o direito de ação seria autônomo, público e abstrato, independente, pois, da existência do direito material e de um resultado favorável ao autor.

A teoria eclética, criada por Liebman, em meados do século XX, é a fusão da teoria eclética com a abstrata, ao entender que o direito de ação é autônomo em relação ao direito material, embora a existência daquele esteja subordinada a três condições: (i) a legitimidade das partes; (ii) o interesse de agir; e (iii) a possibilidade jurídica do pedido. Para essa teoria, as referidas condições da ação deveriam ser aferidas à luz do direito material, existindo, pois, uma relação mínima de dependência entre a ação e o direito material. Em outros termos, Liebman define a ação como direito público, subjetivo, instrumental e de natureza constitucional, onde o direito de ação existe quando o juiz profere uma sentença de mérito, favorável ou desfavorável ao autor. Há, então,

227-235), o objetivo deste artigo não é aprofundar a se o CPC15 extinguiu ou não as condições da ação. Será dito, aqui, e agora, tão somente, que não consta do CPC15, em nenhum momento, a expressão "condições da ação", bem como igualmente suprimiu a "possibilidade jurídica do pedido", tal como antes constavam, ambas, do CPC73.

[58] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 266.

59 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

aqui, uma visão quase totalmente instrumental do direito de ação. Calmon de Passos define essa teoria como um "concretismo dissimulado"[60].

A teoria eclética revisitada, defendida por Carlos Alberto Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe, segue a teoria eclética de Liebman, embora a critique e a revisite. Entende que as condições da ação, em vez de se subordinarem à existência do direito de ação, subordinam-se, na verdade, a seu exercício. Significa dizer que a ação só terá o mérito julgado se demonstrada existência das condições da ação.

O CPC/73 e, atualmente, o CPC/15, adotaram a ideologia da teoria eclética, embora haja críticas[61]. É exatamente por isso que se criaram os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito (CPC/73, art. 267, VI; CPC/15, arts. 17 e 485, VI). A dogmática brasileira sempre entendeu o direito de ação como um direito constitucional assegurados a todos e, com isso, entende que não se pode admitir a existência do direito de ação subordinada à existência das condições da ação, mais especificamente ao direito material. Aliás, como já amplamente disseminado pelos tribunais pátrios[62], inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)[63], bem como pela doutrina[64], a análise das condições da ação, atualmente, é explicada pela teoria da asserção (condições aferidas com base nas alegações das partes[65]), em detrimento da teoria da exposição/comprovação (condições aferidas com base nas provas[66]).

Especificamente sobre a legitimidade das partes, ela decorre da titularidade da relação jurídica deduzida em juízo. Se a parte autora atribui responsabilidade à parte ré, a matéria alegada

---

[60] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. III (arts. 270 a 331). 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 98.

61 Dificuldade em identificar a natureza da atividade de analisar condições da ação realizada pelo juiz quando da extinção do processo sem enfrentamento do mérito. Quando não atendidas as condições da ação, o que teria retirado o Poder Judiciário da inércia? Não teria havido processo? O que teria ocorrido? Nesse sentido: PASSOS, José Joaquim Calmon de. A ação no direito processual civil brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2014.

[62] TJ/MG, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0223.10.025111-3/001, Relatora Desembargadora Márcia De Paoli Balbino, Publicação: 02/08/2012

TJ/RS, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70024820276, Relator Desembargador. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgamento: 23/06/2008

63 AgRg no AREsp 452737/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, 4ª T., j. 25.8.2015, DJ 16.9.2015 / AgRg no AREsp 740588/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j 27.10.2015, DJ 16.11.2015

[64] Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, in Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 80.

65 O que importa, para essa teoria, é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito.

66 Há quem critique a teoria da asserção ao afirmar que não bastaria ao demandante descrever uma situação em que estejam presentes as condições da ação. Elas precisariam existir. Se se admitir aferição com base em alegações,

na petição inicial é afetada no mérito, já que a legitimidade deve ser aferida *in status assertiones*[67]. Isso desde que não haja abuso de direito[68], notadamente em respeito à razoabilidade e à proporcionalidade (CPC/15, art. 8º).

É que, o julgamento sem mérito, embora seja essencial nos casos que se faça necessário, ao aplicar essa teoria da asserção se torna inútil, até mesmo porque, dentre outros motivos, a parte poderá, se quiser, e dependendo da ocasião, ajuizar outro processo[69]. E a regra da legitimidade ativa é simples (CPC/73, art. 6º, atual CPC/15, art. 18): o titular do direito material

somente advogados despreparados incorreriam em carência da ação. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 313-315.

[67] "O exame da legitimidade, pois - como o de qualquer das condições da ação - tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res in iudicium deducta. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica in status assertionis, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como que admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Termas de Direito Processual – Primeira Série. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986, p. 200).

"Legitimação é a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretenda assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas in statu assertionis – isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará -, coincidem com as respectivas situações legitimantes" (MOREIRA, Barbosa. Ensaios e pareceres de direito processual civil – Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 59).

68 STJ, AgRg no AREsp 605.732/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª T., j 26.5.2015, DJ 2.6.2015.

69 "Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação ad causam), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. A exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio de economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção já trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada. Mas ainda que a resposta do juiz se exaura na pronúncia de carência de ação (porque não se configuraram as condições da ação), terá havido exercício da função jurisdicional. Para uma corrente, as condições da ação são condições de existência da própria ação; para outra, condições para o seu exercício." (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007)

vai a juízo pleiteá-lo em nome próprio (legitimidade ordinária), salvo exceção legal (legitimidade extraordinária).

1.2. Representatividade adequada/pertinência temática em ação civil pública

Em ação civil pública a dinâmica até aqui narrada é análoga. Distingue-se, sobremaneira, no entanto, com relação à legitimidade ativa, que se perfaz por meio de substituição processual[70], espécie de legitimidade extraordinária[71]: os legitimados para ajuizá-la (substitutos processuais basicamente elencados no art. 5º da Lei nº 7.347/1985 e art. 82 do CDC) postulam, em

[70] "Excepcionalmente, porém, admite-se a substituição processual. Trata-se de alguém pleitear em nome próprio (ou seja, não mero curador) direito alheio, desde que autorizado por lei (CPC, art. 6º). Exemplo, o art. 3 da lei 1.533/51 que admite que, dentro de certas condições, um terceiro juridicamente interessado seja autor de mandado de segurança em nome próprio para defender direito cuja titularidade é de outrem." (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 162).
"A técnica escolhida foi a da legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. ´O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário.`[70] Há *legitimação extraordinária exclusiva*, se apenas o legitimado extraordinário puder ser a parte principal do processo, cabendo ao protagonista da situação litigiosa, se já não fizer parte da demanda, intervir no processo na condição de assistente litisconsorcial (litisconsorte ulterior). Nas ações coletivas, essa intervenção só é possível quando estiverem sendo discutidos direito individuais homogêneos (art. 94 do CDC), ressalvando-se a situação da comunidade indígena, já mencionada. Se é exclusiva e autônoma, quanto ao rol de legitimados, é, no entanto, *concorrente* entre os legitimados extraordinários. Há legitimação *concorrente* ou *co-legitimação* quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Vários são os legitimados extraordinários para a tutela de direitos coletivos; qualquer um deles pode impetrar ação coletiva. A legitimação apresenta-se, ainda, *disjuntiva*, porque, apesar de concorrente, cada entidade legitimada a exerce independentemente da vontade dos demais colegitimados. A legitimação pode também ser classificada em *isolada* ou *simples*, quando o legitimado puder estar no processo sozinho, e legitimação *conjunta* ou *complexa*, quando houver necessidade de formação do litisconsórcio. A legitimação conjunta somente pode operar-se no polo passivo. (...) Enfim, o certo é que a legitimação coletiva possui as seguintes características: a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei nº 7.347/85; art. 82 do CDC *etc*); b) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um grupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente simples." (DIDIER JR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 4, 8ª Edição. Salvador: JusPodium, 2013, pp. 212/213)
71 "No campo das ações civis públicas há o fenômeno da legitimidade extraordinária quando se atribui aos legitimados do artigo 82 da Lei n. 8.078.90 o poder de ajuizar, em nome próprio, ações civis de reparação de danos em favor das vítimas, na defesa dos interesses individuais homogêneos." (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1., p. 92)

juízo, direito[72] (difuso[73], coletivo[74], individual homogêneo[75] definidos no art. 81, parágrafo único, do CDC) alheio (substituídos processuais).

Para fins de verificação de identidade entre as partes, em ações coletivas, o magistrado dever considerar os beneficiários finais da tutela pleiteada (substituídos processuais), e não os substitutos processuais que figuram no polo ativo, já que, como dito, não postulam direito próprio.

72 "Interesses e direitos difusos: Os interesses ou direitos difusos são identificados como aqueles relacionados a um número indeterminado de pessoas, vinculados por uma relação factual que merece ser acolhida pelo ordenamento jurídico. São de natureza indivisível, sendo esta indivisibilidade caracterizada pela impossibilidade de distinguir o titular da prestação jurisdicional ou mesmo individualizar a parcela, que lhe é cabível, daquele determinado interesse ou direito tutelado. (...)
Interesses e direitos coletivos: Os interesses ou direitos coletivos, de sua vez, caracterizam-se pela circunstância de serem titulares dos mesmos um grupo, categoria ou classe de pessoas que guardem, entre si ou em relação a outra pessoa contra quem se pretende demandar, um vínculo jurídico decorrente de uma relação jurídica base. Neste sentido, os interesses e direitos coletivos diferenciam-se dos difusos à medida que exigem um vínculo jurídico que pode surgir pelo fato de serem sujeitos de uma mesma relação contratual ou ainda vinculados a partir de uma relação associativa em sindicatos, associações, dentre outros.
Interesses e direitos individuais homogêneos: Os interesses e direitos individuais homogêneos são aqueles que possuem uma origem comum, segundo refere o inciso III do parágrafo único do art. 81. No caso destes, são direitos divisíveis, de modo que seus titulares podem ser identificados e determinados, assim como a quantificação de suas eventuais pretensões. Da mesma forma, tratam-se de direitos disponíveis, podendo o titular do direito deixar de exercê-lo quando chamado a agir ou ainda exercê-lo paralelamente aos demais legitimados através de litisconsórcio ativo. Entretanto, ao conceituar tais direitos, o legislador do CDC identificou o seu caráter comum, homogêneo, justamente em relação à origem do pedido que se deverá postular em juízo (Nelson Nery, Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor..., RDC 1/200). A partir da definição dos interesses individuais homogêneos é que o legislador do CDC introduziu no sistema processual brasileiro a class action, prevista na regra n. 23 das Federal Rides of Civil Procedure no direito norteamericano. (...)" (MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários do Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pp. 974/976)
73 Definição legal: CDC, art. 81, parágrafo único, I. Não há uma divisão do objeto tampouco uma possibilidade de determinar as pessoas substituídas. Celso Antônio Pacheco Fiorillo cita como exemplo o ar atmosférico poluído, "visto ser inviável determinar os indivíduos afetados e expostos a seus malefícios." (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 6/7)
74 Definição legal: CDC, art. 81, parágrafo único, II. Vincenzo Vigoriti define como sendo "a existência de uma relação entre interesses de igual conteúdo, pertencentes a sujeitos diversos, organizados para atingirem o mesmo fim. O ´coletivo`é a forma de uma certa relação dentre interesses de natureza individual, não conflitantes, mas solidários, coletivos e organizados para a satisfação da pretensão comum." "[...] In questo quadro si inserisce l'expressione "interesse collettivo": essa esprime l'esistenza di uma relazione fra interessi di uguale contenuto, facenti capo a soggeti diversi, organizatti per Il raggiungimento del medesimo fine. Il "collettivo" e la valenza di uma certa relazione fra interessi de natura individuale, non confliggenti, ma solidali, congiunti e organizati per il soddisfacimento della pretesa comune.". (VIGORITI, Vincenzo. Interessi Collettivi e Processo: La legittimazione Ad Agire. Milano: Dott. A, Giuffrè, 1979, p.19)
75 Definição legal: CDC, art. 81, parágrafo único, III. Não essa definição legal não seja autoexplicativa, a doutrina acertadamente o trata como sendo aquele em que se encontram pessoas determinadas ou determináveis, ligadas entre si por um vínculo fático e objeto divisível. Nesse sentido: ABELHA, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.46.

Esse é o correto entendimento do STJ[76] e da doutrina[77]. Já para a análise da legitimidade de legitimados extraordinários, o Supremo Tribunal Federal (STF) exige que haja um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso[78]. Sobre o tema (legitimados universais e especiais), Clemerson Merlin Cleve entende, adequadamente, que:

"a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vai, portanto, estabelecendo diferença de tratamento entre os (i) legitimados universais (Presidente da república, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional) e os (ii) legitimados especiais (Governador de Estado, Mesa de Assembléia Legislativa, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). Os primeiros não precisam demonstrar interesse (relação de pertinência entre

76 STJ, 3ª S., AgRg na Pet 7.096/SP, Relator Ministro Napoleão Maia, j. 28.10.2009, DJ 18.11.2009.

77 "A diferença entre os legítimos não exclui a identidade de partes ativas, por serem todos substitutos processuais da coletividade. É esta - a substituída - que está em juízo, pelo portador de interesses, extraordinariamente legitimado pela Constituição e pela lei." (MILARÉ, Édis. Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2005, p. 106).

78 STF, Pleno, ADI 2482/MG, Relator Ministro Moreira Alves, j. 2.10.2002, DJ 25.4.2003.

o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade; adequação da causa às finalidades estatutárias); os segundos, inevitavelmente, sim"[79].

Esse requisito da pertinência temática é uma construção jurisprudencial, notadamente do STF, onde se criou um anômalo requisito de admissibilidade recursal[80].

Longe de ser unânime, o STJ[81] e a doutrina[82] também entendem pela análise da pertinência temática para aferir a legitimidade ativa em ação civil pública, inclusive por ser herança das *class actions* dos EUA[83].

Nessa linha, em sede de ação civil pública, os legitimados devem não só constar da lei, como há devem possuir um vínculo jurídico pré-estabelecido com o que se pretende obter em juízo.

---

79 MERLIN CLEVE, Clemerson. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2000, p. 200.

80 Os legitimados especiais são os que necessitam demonstrar a pertinência temática, descritos nos incisos IV, V e IX do artigo 103 e do artigo 2º da Lei nº 9.868/99 – as Mesas das Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa (ADI 1307, Rel. Min. Francisco Resek) e Governadores de Estado e Distrito Federal (ADI 902, Rel. Min. Marco Aurélio) – com a necessidade de que a ação direta de inconstitucionalidade é admissível desde que a lei ou ato impugnado diga respeito à entidade federativa respectiva (ADI 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) –, bem como as confederações sindicais (ADI 1151, Rel. Min. Marco Aurélio) e entidades de classe de âmbito federal (ADI 305, Rel. Min. Paulo Brossard) – sendo que a ação direta de inconstitucionalidade é admissível desde que a lei ou ato normativo impugnado diga respeito aos filiados ou associados respectivos (ADI 1464, Rel. Min. Moreira Alves). Para a jurisprudência do STF, "a legitimidade ativa destes, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação" (ADI 1507, Rel. Min. Carlos Velloso). Há, no entanto, os "legitimados universais", onde o Supremo Tribunal Federal não requer a pertinência temática, "pois o interesse genérico em preservar a supremacia da Constituição decorre das suas atribuições institucionais"80. São eles: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (ADI nº 3; ADI-MC nº 305-4/RN; e ADI-MC nº 1.114/DF), com fundamento nos incisos. I, II, III, VI, VII e VIII do artigo 103 da Constituição Federal.

81 "(...) 2. A sentença reconheceu a ilegitimidade ativa ad causam da autarquia federal por considerar que, segundo a redação do art. 5º da Lei n. 7.347/85 vigente à época da propositura da demanda, as autarquias que intentassem ações como a presente deveriam comprovar a pertinência temática entre seus objetivos institucionais e o objeto da demanda. O acórdão recorrido reformou este entendimento, aplicando a nova redação do referido dispositivo, que franqueia às autarquias, de forma ampla e irrestrita - sem necessidade, pois, de pertinência temática -, a legitimidade ativa para propor ações civis públicas. 3. As conclusões ora impugnadas não merecem reforma, embora seja possível discordar da linha argumentativa desenvolvida pela origem. (...) 15. Recurso especial não provido." (REsp 1177453/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010).

"(...) 1. A apuração da legitimidade ativa das associações e dos sindicatos como substitutos processuais, em ações coletivas, passa pelo exame da pertinência temática entre os fins sociais da entidade e o mérito da ação proposta. Precedentes." (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 997.577/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 18.9.2014, DJ 26.9.2014).

82 "(...) Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5° da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração

Esse vínculo é a pertinência temática. Aliás, tamanha é essa divergência (se a legitimidade ativa em ação coletiva seria ou não apenas *ope legis*[84]), que alguns doutrinadores chegam a defender que a análise da pertinência temática, pelos magistrados, é uma tendência a ser pacificada[85]. Ressalte-se, como exemplo marcante, que, em certa época, o STJ entendia que o Ministério Público não possuía legitimidade para propor ação civil pública com o fim de obstar cobrança de tributos[86], antes de a Lei da ACP, nesse ponto, ser alterada pela Medida Provisória nº 2180-35 de 2001.

Diga-se, por fim, sobre o tema, que, atualmente, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (ainda pendente de análise pelo Congresso Nacional[87]), em seus arts.

pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses.´ (NIGRO MAZZILII, Hugo, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 277/278).

83 "Al certificar La accion colectiva, el juez efectuara uma evaluacion preliminar y prospectiva del requisito, vericando si el candidato a representante tendra condiciones de actuar adecuadamente em beneficio del grupo. La accion sera "certificada" como colectiva unicamente si ele juez considera que esse requisito esta presente. La certificacion de la class action no significa, empero, que la cuestion este precluida. Debe el juez monitorear de cerca la adecuacion del representante durante todas lãs etapas del procedimiento, desde la proposicion de la accion hasta su final, a traves de um control ejercido ex officio. Ni siquiera la formacion de la cosa juzgada precluye la cuestion de La representacion adecuada ante los miembros ausentes: si el grupo o algunos miembros no son adecuadamente representados en juicio, no podran ser legitimamente vinculados por la sentencia colectiva. Si em accion futura, mediante uma evaluacion retrospectiva, fuere establecidala inadecuacion de la representacion, ele juez negara el efecto de cosa juzgada a la sentencia colectiva. Bajo muchos aspectos, el juez de la accion posterior estara mejor preparado que el juez original para detectar algunas inadecuaciones en el proceso colectivo anterior". (GIDI, Antonio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. México. Editorial Porrúa, 2003. p. 7).

[84] NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8ª Edição. São Paulo: RT, 2004, p. 1417.

[85] "A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional. Nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também em relação à sua atuação se imporia o controle jurisdicional da sua legitimidade. A tendência é a consagração da possibilidade deste controle judicial." (DIDIER JR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 4, 8ª Edição. Salvador: JusPodium, 2013, p. 216). Nessa mesma linha de entendimento, Pedro Lenza (Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3ª Edição, São Paulo: RT, 2008, p. 190) e Teori Zavascki (Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 62/63).

[87] Diante dessa pendência, o STJ, corretamente, interpreta os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como sendo, atualmente, o Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza.

2, 3 e 4, adota esse posicionamento da necessidade de análise da pertinência subjetiva em ação coletiva.

2. Legitimidade Ativa da Defensoria Pública em Ação Civil Pública

2.1. Defensoria Pública como substituta processual de pessoas economicamente necessitadas ou não?

Em 2007, por meio da Lei nº 11.448, a Defensoria Pública foi incluída no rol dos legitimados a ajuizarem ação civil pública, ao incluir o inciso II do art. 5º da Lei nº 7347/85 (Lei da ACP). Na verdade, o STJ reconhecia essa legitimidade ativa da Defensoria Publica antes mesmo da vigência da referida lei federal, diante da relevância dos economicamente hipossuficientes possuírem uma representatividade para a hipótese[88], e, com isso, dar maior efetividade à previsão constitucional do art. 5º, LXXIV[89].

Não se pode olvidar da precípua função constitucional atribuída à Defensoria Pública, qual seja a proteção dos necessitados que comprovarem insuficiência de recursos. Essa, aparentemente, seria a adequada interpretação a ser concedida aos arts. 5º, LXXIV e 134[90], da

[88] "(...) 6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida com o núcleo central dos direitos fundamentais." (STJ, 1ª T., REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 2.2.2011; grifei).

[89] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[90] Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)
§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Constituição Federal. Até porque, a própria Lei Complementar nº 80/1994 – Lei Orgânica da Defensoria Pública –, notadamente depois da publicação da Lei Complementar nº 132/2009, reproduz essas normas constitucionais, no art. 4, I e VIII.

É razoável entender, nessa linha, que a Defensoria Pública, ao ajuizar ação civil pública, deve demonstrar, na medida do possível, que os substituídos processuais, no caso concreto, são financeiramente necessitados. Essa deveria ser a pertinência temática da Defensoria Pública, tal como inclusive já decidiram o STJ[91] e os tribunais pátrios[92], bem como entende parte da doutrina[93], notadamente porque "*a ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública deverá se*

---

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)
§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

91 "(...) 5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. 6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. 8. Diante do microssistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5°, § 3°, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9° da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes. 9. Recurso especial provido." (STJ, REsp 1192577/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014)
No mesmo sentido: STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1243163/RS, Min. OG FERNANDES, j. 19.2.2013, DJe 27.2.2013 / STJ, 2ª T., REsp 1275620/RS, Min. Eliana Calmon, j. 16.10.2012, DJ 22.10.2012 / STJ, 1ª T., REsp 1106515/MG, Min. Esteves Lima, j. 16.12.2010, DJ 2.2.2011).

92 "(...) Não tem a Defensoria Pública legitimidade para propor ação civil pública na defesa de diversos direitos, previstos na Lei nº 7.210/1984, a todos os internos da cadeia pública da comarca de Miranda/MS, indistintamente, visto que a matéria deduzida nos autos não trata da restrição a direitos de necessitados, decorrente da situação de carência. Recurso conhecido e improvido, com o parecer." (TJ/MS, 3ª Câmara Cível, AC 0001160-59.2010.8.12.0015, Relator Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, j. 15.4.2014, DJ 28.4.2014).
No mesmo sentido: TRF-4, 4ª T., Apelação Cível nº 2008.70.00.014689-5, Relator Des. Fed. Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, j. 28.5.2013, DJ 19.6.2013 / TJ/ES, 1ª Câmara Cível, Reexame Necessário nº 69120046524, Des. Relator Annibal De Rezende Lima – Des. Relator Substituto Victor Queiroz Schneider, j. 10.12.2013, DJ 19/12/2013.

93 "Para que a Defensoria seja considerada como legitimada adequada para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas necessitadas, conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de PlayStation III ou de Mercedes Benz. Não é

adequar à sua finalidade constitucional específica, qual seja a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV"[94].

Aliás, sobre todos esses julgados, um se destaca, qual seja o proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por ter inclusive reconhecido, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei da ACP, por ofensa ao artigo 134 da Constituição Federal, já que, naquele caso, a Defensoria Pública pretendeu substituir pessoas que não seriam economicamente hipossuficientes[95].

Não obstante, há respeitado entendimento jurisprudencial[96] e doutrinário[97] em sentido diametralmente oposto. Para essa corrente, a Defensoria Pública, desde que não exceda as suas

---

necessário, porém, que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. Ainda neste sentido, não seria possível a promoção de ação coletiva pela Defensoria quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não." (DIDIER JR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 4, 8ª Edição. Salvador: JusPodium, 2013, p. 222)

94 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 11º Edição, São Paulo: Método, 2007, 623.

95 "(...) Na defesa dos necessitados, com insuficiência de recursos, a Defensoria Pública pode manejar diferentes ações, incluindo, a ação civil pública. No caso em exame, a Defensoria extrapolou a sua função constitucional ao manejar ação civil pública em matéria que não está afeta as suas atividades, na defesa de interesses dos titulares de cadernetas de poupança nos de 1989, 1990 e 1991. Declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º, II, da Lei nº Lei nº 7.347/85, sem redução de texto, por ofensa ao artigo 134 da Constituição Federal." (TRF4, Corte Especial, ARGINC: 30789 PR 2008.70.00.030789-1, Relatora Desa. Maria Lúcia Luz Leiria, Julgamento: 27/08/2010)

96 "(...) A legitimidade da Defensoria Pública compreende a atuação na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que lhe confere a possibilidade de atuar em benefício de consumidores de energia elétrica em geral, sem a necessidade de se perquirir sobre a condição de necessitados. Não se justifica, no âmbito das ações coletivas, realizar tal espécie de limitação, sob pena de causar lesão aos objetivos da lei." (TJ/SP, 31ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0003524-31.2008.8.26.0032, Relator Des. Antonio Rigolin, j. 13.5.2014, DJ 13/05/2014).

No mesmo sentido: TJ/AL, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Fábio José Bittencourt Araújo, j. 22.10.2014 / TJ/RS, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70057478273, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 29.5.2014.

97 "(...) Temos, em princípio, que deve ser assegurada a legitimidade ampla da Defensoria Pública, não apenas para a defesa dos necessitados, considerando ser esta parte da Administração Pública, cuja legitimidade não possui restrições e, ainda, pelo fato de que na disciplina normativa da Lei da Ação Civil Pública, ao contrário das associações (art. 5º, inciso V, alíneas 'a' e 'b'), não há qualquer limitação com relação à extensão da legitimidade. Analisando tal aspecto, o Supremo Tribunal Federal, em antigo precedente, deixou consignado que a legitimidade da Defensoria Pública, para o ajuizamento de Ações Coletivas, é ampla, não se limitando apenas aos interesses dos necessitados, ao menos em relação aos direitos difusos. Conforme consignado no julgado retro mencionado do Supremo Tribunal Federal, realmente a Constituição Federal determina que os Estados atuem na defesa dos necessitados através da Defensoria Pública (art. 134, da CF-88), mas isto não impede que tais serviços possam ser utilizados visando resguardar outros interesses ou direitos que sejam dignos de proteção jurídica de modo a justificar a atuação estatal. Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, que ainda pende de julgamento, a orientação que parece ter sido delimitada talvez hoje não seja seguida haja vista a radial mudança na composição do Supremo Tribunal Federal é a de que, para os direitos difusos, a legitimidade seria ampla, para os direitos coletivos e individuais homogêneos, somente se for para beneficiar o necessitado. Não conseguimos adotar um critério razoável para justificar a diferenciação, data venia. Pensamos que o termo 'necessitado', conforme bem lembrado no voto vista da Ministra Fátima Nancy Andrighi, deve ser visto de forma mais ampla, inclusive podendo ser inserido o

atribuições[98], deveria possuir legitimidade ativa universal para ajuizar ação civil pública, tal como o Ministério Público, e, recentemente (como será demonstrado no capítulo seguinte), a Ordem dos Advogados do Brasil. Para essa corrente, busca-se a máxima efetividade da Constituição Federal[99] e o respeito à dignidade da pessoa humana[100].

Há, ainda, uma corrente mista, a qual entende que a Defensoria Pública pode substituir qualquer cidadão, seja ela necessitado ou não economicamente, em uma ação civil pública, desde

---

conceito de necessitado sob o ponto de vista jurídico, o que autoriza a conclusão, data venia, da ampla legitimidade da Defensoria, conforme consignado neste item. Outro aspecto relevante, e que afasta o argumento utilizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence entre a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa dos direitos difusos, mas não para a dos coletivos e individuais homogêneos, permissa venia, é o de que coletivamente, todo direito é indisponível, o que realça a relevância da sua proteção, especialmente pela possibilidade de uma solução uniforme para todos os interessados e com a análise e julgamento de apenas uma demanda. Por fim, mas não menos relevante, é que poderia haver uma situação fática absolutamente esdrúxula do ponto de vista lógico: uma Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública, para a defesa de determinado direito coletivo, mas só em favor dos necessitados lembrando da dificuldade de se delimitar o que seja realmente um necessitado para a defesa do mesmo direito, e outra, movida por outro co-legitimado, para a defesa do mesmo direito, mas agora em favor dos 'não necessitados', sendo que ambas deverão ser reunidas, pela evidente conexão, com perda de tempo para todos os interessados e, em última análise a ação será uma só. É claro que do ponto de vista da tutela individual a diferenciação necessitado ou não até tem sentido, considerando a possibilidade de ser verificado se determinada pessoa está inserida em tal conceito apesar da sua natureza subjetiva mas quando o tema é disciplinado de forma coletiva a ótica deve ser outra, data vênia." (GOMES JR., Curso de direito processual civil coletivo., 2. ed. São Paulo: SRS, 2008, pp.137/139).

98 Voto do Ministro Luis Roberto Barroso na ADI 3943/DF, sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

99 "Com a expressão 'ações coletivas' (…) estou aludindo à matéria litigiosa, não à estrutura subjetiva do processo, mas ao próprio litígio que vai ser objeto da apreciação judicial; e até diria que um dos traços característicos dessas chamadas ações coletivas consiste, precisamente, na possibilidade, que em geral se assegura, de que a lide seja posta sob a cognição judicial por iniciativa de uma única pessoa, física ou jurídica" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988." Revista de Processo, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991. p. 187)

"Também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. E um princípio operativo m relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1224).

100 "O direito subjetivo de acesso à Justiça é o instrumento sem o qual qualquer dos três elementos anteriores [educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados] torna-se inócuo, um 'sino sem badalo', na imagem inspirada do Professor José Carlos Barbosa Moreira. Em um Estado de direito, como já se referiu, não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário. A eficácia jurídica desse direito, todavia, apresenta ao jurista uma série de questões, que podem ser ordenadas, para fins sistemáticos, em três categorias: (i) as que envolvem o acesso sob o ponto de jurídico; (ii) as que dizem respeito ao acesso físico; e, por fim, (iii) as relacionadas com o acesso jurídico da pretensão material, que embora não se confunda com o direito autônomo de ação não pode ser dele totalmente desvinculado. (...) Quando à organização propriamente dita da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais, bem como seu adequado aparelhamento, há algumas observações a fazer. Em primeiro lugar é preciso remarcar que tais providências são um dever constitucional da Administração – não lhe cabe decidir

que o objeto a ser tutelado corresponda a um direito fundamental do cidadão brasileiro, como por exemplo a saúde[101], em respeito às atribuições institucionais do órgão. Note-se, pois, mais uma vez, a forte presença do necessário exame da pertinência temática da legitimidade ativa em ação civil pública.

Diante dessa divergência, indaga-se, pois, o seguinte: seria razoável admitir uma ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública para substituir moradores de um condomínio de luxo no qual ocorreu um dano ambiental, consumidores de carros luxuosos/eletrônicos de última geração/roupas de grife, grupos raciais/étnicos/religiosos notoriamente abastados, *etc*?

2.2. Constitucionalidade do art. 5º, II da Lei nº 7.347/85[102] – recente julgamento, pelo STF, da ADI 3943/DF, sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia

No dia 16.8.2007, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), distribuída perante o STF sob o nº 3943/DF, sob a Relatoria da Ministra Carmen Lúcia. A principal pretensão exercida por meio da referida ADI foi (ainda é, por estar pendente de julgamento final[103]) a declaração de inconstitucionalidade da Lei n° 11.448, de 15.1.2007, que, como já dito, inseriu, no art. da 5º, da Lei nº 7.347/1985, o inciso II, para conferir legitimidade ativa à Defensoria Pública em ação civil pública. Alternativamente, pretendeu que fosse dada interpretação conforme ao texto

acerca de sua conveniência ou oportunidade" (BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; pp. 325 e 330)

101 "(...) - É sólida a jurisprudência do col. STJ que admite a legitimação da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública na proteção de interesse individual homogêneo. - A Defensoria Pública, a quem incumbe de maneira efetiva, e por força de previsão constitucional, a promoção de orientação e defesa dos necessitados em geral (art. 134, CF/88), considera-se legitimada não apenas pela hipossuficiência financeira, mas pelo direito-base tutelado (saúde). (...) Por derradeiro, o direito à saúde, estabelecido como direito fundamental, por sua inserção no art. 6º da CF/88, está assegurado pelo art. 196, sendo da responsabilidade do Estado garantir, mediante políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (TJ/MG, 4ª Câmara Cível, AI 10105120331886001, Rel. Desa. Heloisa Combat, j. 5.9.2013, DJ 12.9.2013).

102 Art. 5º Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). (...) II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

103 http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548440 – consultado dia 9.5.2018, às 23:34h

constitucional, para retirar a legitimidade ativa da Defensoria Pública em ação civil pública na hipótese de defender direitos difusos.

Um dos principais fundamentos do autor da ADI é o de que a referida inclusão da Defensoria Pública, no rol do art. 5º da Lei da ACP, afrontaria os arts. 5º, LXXIV e 134, da Constituição Federal. Argumenta, em síntese, que a Defensoria Pública teria sido criada para atender, gratuitamente, aos necessitados, leia-se, aqueles que possuiriam recursos insuficientes para defenderem-se judicialmente. Consequentemente, essa legitimidade extraordinária, conferida pela Lei nº 11.448/2007, impediria a individualização ou identificação das pessoas atendidas pela instituição (se possuiriam ou não recursos suficientes para defenderem-se em juízo).

No mérito, ao proferir o voto, a ministra Carmen Lúcia teve como base da "ratio decidendi" a Emenda Constitucional nº 80, de 2014, que inseriu, no "caput" do art. 134 da Constituição Federal, a incumbência da Defensoria Pública promover a defesa de direitos "coletivos". A Ministra fundamentou que a referida emenda constitucionalizou, do ponto de vista formal, o que já era materialmente constitucional[104]. Isso porque, antes mesmo da referida emenda constitucional, em prol da máxima efetividade da Constituição Federal e da dignidade da pessoa humana (acesso à justiça), a Defensoria Pública já possuía legitimidade para ajuizar ação civil pública, em respeito à adequada interpretação a ser conferida aos arts. 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal[105], e que, por isso, não seria a hipótese vedada de constitucionalização superveniente. Após apontar pertinentes doutrinas sobre a evolução da legitimidade ativa em ação civil pública, à luz do princípio constitucional da efetividade processual, a Ministra entendeu que

104 "Entre as alterações promovidas por essa Emenda, a que causa maior impacto no julgamento desta ação direta consiste na inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de incumbências da Defensoria Pública, cuja atuação vem-se consolidando desde o reconhecimento da respectiva legitimidade para ajuizar ação civil pública (Lei n. 7.347/1985, com a alteração promovida pela Lei n. 11.448/2007) (...) Cuida-se de norma idêntica à do atual art. 134 da CR, alterado pela EC n. 80/2014. O constituinte derivado, apropriando-se de norma vigente no ordenamento jurídico nacional desde 2009 (art. 1º da Lei Complementar n. 80/1994, alterado pela Lei Complementar n. 132/2009), de forma inusitada, constitucionalizou, sob o ponto de vista formal, o que já era materialmente constitucional."

105 "Esse contexto evidencia ter sobrevindo a Emenda Constitucional n. 80/2014 como reforço máximo da incontestável legitimidade construída pela Defensoria Pública no Brasil, resultado de trabalho responsável e incessante na defesa dos que muito necessitam – em especial da dignidade apregoada no art. 1º da Constituição da República – e normalmente não têm a quem se socorrer quando o desafio é fazer valer os próprios direitos e deveres. A legitimidade estatuída no art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/1985, alterado pela Lei n. 11.048/2007, constitucional por força da interpretação dos artigos 5º, inc. LXXIV, e 134 da Constituição da República (antes da EC n. 80/2014), fundada nos princípios da máxima efetividade da Constituição e da dignidade da pessoa humana (acesso à justiça), estava prevista no art. 1º da Lei Complementar n. 80/19941 e agora tem assento constitucional pelo reconhecimento expresso e taxativo do dever titularizado pela Defensoria Pública de defender os direitos coletivos."

o entendimento do autor da ADI estaria equivocado, na medida em que seria "*impertinente à nova processualística das sociedades de massa, supercomplexas, surgida no Brasil e no mundo como reação à insuficiência dos modelos judiciários convencionais*". Por fim, sobre a necessidade ou não de substituir somente os hipossuficientes econômicos, fundamentou que, ao ajuizar a ação civil pública, bastaria presumir que, no rol dos substituídos do caso concreto, constariam pessoas necessitadas[106].

Em seguida, os Ministros Marco Aurélio, Teori Zavaski, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes debateram se a ADI teria ou não perdido o objeto, perante a Lei Complementar nº 132/2009, que modificou o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 – Lei Orgânica da Defensoria Pública –, para conferir à Defensoria Pública maior legitimidade ativa em ação civil pública. Sobre essa questão, ao fim, concluíram, por maioria, vencido o Ministro Teori Zavascki, que o objeto da ADI ainda persistiria, na medida em que o Ministério Público daria interpretação restritiva às referidas regras, na linha do que defende na petição inicial da presente ADI, ainda que nessa referida petição inicial não houvesse emenda para incluir tais dispositivos legais publicados depois do ajuizamento da ação.

Nesse interregno, o Ministro Luís Roberto Barroso fez uma importante ponderação – a qual filia-se este artigo –, qual seja a de que concordaria com o entendimento da Ministra relatora, desde que a Defensoria Pública não excedesse o seu papel institucional. Fundamentou, em síntese, o seguinte:

"ao julgar improcedente o pedido, que o fato de se estabelecer que exista uma legitimação em tese não exclui a possibilidade de, num eventual caso concreto, não se reconhecer como se tem feito com o Ministério Público. Quando o Ministério Público, por exemplo, por via de ação coletiva, pretendeu tutelar interesses individuais que não eram indisponíveis, como exige a Constituição, o próprio Supremo já rechaçou essa possibilidade, por exemplo, em algumas questões, em matéria tributária, antes da mudança legislativa. O mesmo pode acontecer com a Defensoria Pública, se

106 "À luz dos princípios orientadores da interpretação dos direitos fundamentais, acentuados nas manifestações do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e da Presidência da República, a presunção de que, no rol dos afetados pelos resultados da ação coletiva, constem pessoas necessitadas é suficiente a justificar a legitimidade da Defensoria Pública, para não "esvaziar, totalmente, as finalidades que originaram a Defensoria Pública como função essencial à Justiça" (fl. 550, manifestação da Advocacia-Geral da União). Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública (conforme determina a Lei n. 7.347/1985) parece-me incondizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da Constituição da República: (...)"

entrar com ação coletiva em defesa dos sócios do Iate Clube, talvez não seja o caso, ou dos titulares de contas no Itaú Personnalité. Mas, fora essas situações extremas, a legitimação, em tese, parece-me evidentemente existente".

Ao fim, por unanimidade, no mérito, julgaram improcedentes os pedidos da ADI[107].

3. Legitimidade Ativa da Ordem dos Advogados do Brasil em Ação Civil Pública

3.1. Legitimidade universal da OAB para ajuizar ação civil pública

Como demonstrado no primeiro capítulo deste artigo, o STF entende que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é um dos legitimados universais para ajuizar ações concentradas de controle de constitucionalidade, ao interpretar, em conjunto, os arts. 103, VII e 133, da Constituição Federal, e art. 54, XIV, da Lei nº 8906/94 (Estatuto da OAB).

Consequentemente, o Conselho Federal da OAB pode impugnar qualquer norma brasileira, independentemente do conteúdo, sem demonstrar, no caso concreto, o interesse jurídico que deriva de uma necessidade pública (os legitimados especiais somente podem impugnar determinada norma se se relacionar com suas finalidades institucionais). Aliás, sobre essa importante defesa da ordem jurídica como primado da Constituição Federal, a doutrina afirma que, historicamente, a OAB já exercia a função de "fiscalização do cumprimento da ordem jurídica brasileira"[108]. Nessa mesma linha, e indo além, a doutrina[109] e o próprio STF[110] descrevem a OAB

107 "Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal, por maioria, em reconhecer a legitimidade ativa da requerente, vencido o Ministro Marco Aurélio. Por maioria, o Tribunal rejeitou a preliminar de prejudicialidade da ação, vencido o Ministro Teori Zavascki. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente o pedido formulado na ação. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do TSE, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido, e, justificadamente, o Ministro Luiz Fux."

108 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 94

109 NIGRO MAZZILII, Hugo, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 340/341.

110 ADI 3026, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 8/6/2006, DJ 29.9.2006.

como sendo uma prestadora de serviço público e exerce função social[111], em respeito ao art. 2º, §1º, do Estatuto da OAB.

Em ação civil pública, o STJ, por esses mesmos motivos, também adotou uma recente tendência a entender que o Conselho Federal da OAB possui legitimidade ativa universal[112], em todo o território nacional[113]. Aliás, recentemente, no dia 13.9.2017, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ do Senado Federal aprovou o PLS 686/15, de relatoria do Senador Anastasia, com o fim de alterar a Lei da ACP, para que dela também constem, expressamente, do rol do art. 5º, o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da OAB.

A questão um pouco mais controvertida sobre o tema é saber se os Conselhos Seccionais e as Subseções da OAB possuem essa mesma legitimidade universal. Se sim, a dúvida seria se há ou não alguma limitação.

Em diversas ações civis públicas, os Conselhos Seccionais da OAB alegam que teriam a mesma atribuição conferida por lei, de forma expressa e exclusiva, ao seu Conselho Federal. Invocam, para tanto, como fundamentação legal, os artigos 44, I, 45, I, II e III e §§ 1º, 2º e 3º, 54 e 57 da Lei nº 8.906/94.

Aliás, sobre tais alegações dos Conselhos Seccionais, o próprio Conselho Federal da OAB, no uso de suas atribuições (54, V e 78 da Lei nº 8.906/94), dispôs sobre o Regulamento Geral previsto na referida lei. E no referido regulamento, denominado "Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB", publicado em 16.11.94, o seu artigo 195, V, "b" confere aos Conselhos Seccionais a possibilidade de ajuizarem ações civis públicas, sem restrições. Diante

111 "A advocacia não é apenas um pressuposto do Poder Judiciário. É também necessária a seu funcionamento. (...) Nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, se se reconhece no exercício do seu mister a prestação de um serviço público." (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 613)

112 "(...) 1. A legitimidade ativa da OAB não está limitada em razão da pertinência temática, porquanto, entre suas atribuições previstas no art. 44, I, da Lei 8.906/1994 está a defesa, inclusive em juízo, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, e por conseguinte dos direitos coletivos e difusos. 2. Agravo interno a que se nega provimento." (STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1381656/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, j. 17.8.2017, DJ 23.8.2017).

113 OLIMPIO DE AZEVEDO, Flávio. Comentários aos estatuto da advocacia: jurisprudência da OAB, Código de Ética e Disciplina, Regulamento da Advocacia, 2ª Ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 276.

desse regramento legal coerente, doutrina especializada[114] e vários julgados do STJ[115] entendem que os Conselhos Seccionais também possuem legitimidade universal para ajuizar ação civil pública. No entanto, essa legitimidade ativa estaria restrita à localidade que esses conselhos possuem atribuições, em respeito ao art. 45, §2º, do Estatuto da OAB, tal como já decidiu o Tribunal Regional Federal da Terceira Região[116].

Já com relação às Subseções da OAB, embora possuam autonomia funcional, não possuem personalidade jurídica. Essa foi a interpretação dada pelo STJ, sobre as regras do art. 45, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 8.906/94, e que, por isso, entendeu que as Subseções não possuiriam legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública[117]. No entanto, certa vez, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região entendeu que a Subseção teria legitimidade se fizesse prova de eventual delegação de competência concedida pelo Conselho Federal ou pelo Conselho Seccional[118].

Diga-se, por fim, sobre a legitimidade ativa da OAB, que, por possuir natureza jurídica de autarquia corporativista, a ação civil pública deve ser ajuizada perante a Justiça Federal, em respeito ao art. 109, I, da Constituição Federal. Depois de bastante controvérsia[119], esse foi o

114 "O elenco de legitimados foi acrescido da OAB, que poderá ingressar com a ação não apenas em prol dos interesses coletivos de seus inscritos, mas também para tutela dos interesses difusos, que não se identificam em classes ou grupos de pessoas vinculadas por uma relação jurídica básica. Sendo de caráter legal a legitimidade coletiva da OAB, não há necessidade de comprovar pertinência temática com suas finalidades, quando ingressar em juízo." (LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB.São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303)

115 REsp 1.351.760/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 9/12/2013

116 "(...) Assim, um conselho seccional somente pode ajuizar as ações previstas no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringida pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84. Dessa forma, em princípio é imperioso admitir que os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil possuem competência legalmente fixada para o ajuizamento de ações civis públicas." (TRF3, Sexta Turma, Apelação Cível nº 31571/SP 0031571-95.2003.4.03.6100, Relator Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 10.4.2014)

117 "(...) 1. As Subseções da OAB, carecendo de personalidade jurídica própria, não possuem legitimidade para propositura de ação coletiva." (STJ, 2ª T., REsp 331.403/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 7.3.2006).
Em sentido análogo: STJ, 2ª T., RMS nº 3.022/RJ, relator Ministro Ari Pargendler, DJ. 18.9.1995.

118 "(...) O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 54, inc. XIV, atribui legitimidade ativa, tão-somente, ao Conselho Federal da OAB para ajuizar a ação civil pública, sendo esta extensiva ao Conselho Seccional, por força do art. 57 daquele Estatuto. Entretanto, essa faculdade não está prevista no rol de competências das subseções da OAB de modo explícito (art. 61 da Lei nº 8.906/84), razão pela qual o referido Órgão deveria fazer prova da delegação recebida da Seccional (inc. IV), o que não ocorreu, razão pela qual não se apresenta como parte legítima para promover a presente demanda. 7. Sentença reformada, para extinguir o processo, sem julgamento de mérito, a teor do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil. 8. Sem honorários, em virtude do que dispõe o art. 18 da Lei nº 7.347/85 c/c inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.289/96. 9. Remessa necessária conhecida e provida. 10. Apelação da ABRACON prejudicada." (TRF2, 3ª T., AC: 325744 RJ 2000.51.13.000924-4, Relator: Desembargador Federal Jose Neiva/no afast. Relator, Julgamento: 5.9.2006, DJ 13.9.2006)

119 Justiça Federal: STJ, CC 38.230/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Fancisco Peçanha Martins, j. 9.3.2005, DJ 18.4.2005 / STJ, CC 21.255/ES, 1ª Seção, Rel. Min. Jose Delgado, j. 29.4.1998, DJ 3.8.1998.

recente entendimento adotado pelo STF, que, por ter sido decidido em sede de repercussão geral, pacificou, em tese (CF, art. 102, §§2º e 3º, CPC15, art. 1035), a questão[120].

3.2. Legitimidade da OAB para ajuizar ação civil pública limitada à pertinência temática

Não obstante o tópico anterior, o STJ[121] e alguns tribunais pátrios[122] também já entenderam que a OAB (Conselho Federal ou Conselhos Seccionais) deveria ajuizar ação civil pública apenas para defender os seus associados, leia-se os advogados a ela filiados. A *ratio decidendi* desses julgados, em síntese, e de certa forma um pouco contraditória, com as devidas vênias, é a seguinte: não obstante todos reconheçam que a OAB promova a luta e o debate acerca dos mais relevantes temas jurídicos que afetam a sociedade e ao Direito, a propositura de ação civil pública não prescinde da correspondente pertinência temática, e que, por isso, caberia a OAB substituir apenas a classe de advogados.

Nessa linha, em certa ação civil pública ajuizada pela Seccional da OAB do Mato Grosso, o Ministério Público daquele Estado, intimado a se manifestar em sede recursal, apresentou parecer, por meio do qual opinou que "*a Ordem dos Advogados do Brasil tem legitimidade para a propositura de ação coletiva, desde que seja para a defesa de direitos e/ou interesses da categoria*

Justiça Estadual: STJ, 3ª Seção, CC 47613-TO, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Rel. p/ acórdão Min. Paulo Medina, j. 22.6.2005, DJ 22.8.2005

120 "(...) Ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional." (STF, RE 595.332, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 31.8.2016, DJ 23.6.2017)

121 "(...) 2. A OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados, e não de todos os munícipes. 3. Recurso especial provido." (STJ, REsp 331.403/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 7.3.2006, DJ 29.5.2006)
Em sentido análogo: STJ, 2ª T., AREsp 568.585/DF, Min. Herman Benjamin, j. 17.12.2014.

122 "(...) 3. - Ab initio, é de ser reconhecida a ilegitimidade ativa da OAB. Não se olvida a notabilidade que a OAB ostenta na sociedade, de modo que não pode ela ser vista como uma simples entidade profissional, mas um serviço público independente, consoante decidido pelo STF no RE 603583/RS. Entretanto, o fato de se reconhecer o caráter institucional e não meramente corporativo da OAB não a legitima a propor ação civil pública, a fim de tutelar direitos que não correspondem ao exercício da advocacia. 4. Não se obsta a que a OAB promova a luta e o debate acerca dos mais relevantes temas jurídicos que afetam a sociedade e ao Direito, mas a propositura de ação civil pública não prescinde da correspondente pertinência temática, pelo que não vislumbro legitimidade ativa da OAB para litigar acerca do pagamento de taxas para emissão de diploma por universidades da iniciativa privada. Precedentes." (TRF5, 4ª Turma, AC: 200781000199360, Rel. Des. Fed. Bruno Teixeira, J: 15.10.2013, DJ: 17/10/2013)
Nesse mesmo sentido: TRF2, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Poul Erik Dyrlund, Remessa Ex Officio nº 471.982, DJ 11.5.2010 / TRF1, 7ª Turma, AC 2001.34.00.011525-2/DF, Des. Federal Luciano Tolentino, DJ 20.2.2009 / TJ/MT, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível 32168/2008, Des. Evandro Stábile, j. 18.8.2008.

de advogados. Admitir a possibilidade da OAB manejar ação civil pública para defesa de direitos difusos e coletivos significa ampliação indevida de sua legitimidade para atuação processual".

Para sustentar a referida tese, o Ministério Público do Mato Grosso fez uma interessante análise da Lei nº 11.448/07, tão mencionada no tópico anterior. Expôs, em síntese, que o projeto inicial dessa lei previa, expressamente, dentre outros legitimados, o Conselho Federal da OAB e as suas Seccionais, tendo sido, em seguida, excluídos, razão pela qual caberia ao Poder Judiciário respeitar essa opção legislativa[123].

4. Conclusão

Como visto, a legitimidade das partes ainda é uma das condições da ação, a ser aferida à luz das alegações das partes. Em ações coletivas, em especial ação civil pública, os substitutos processuais devem exercer o direito de ação dentro daquilo que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais dispõem, com a devida demonstração, na medida do possível, da pertinência temática, no caso concreto.

Sobre as questões relativas à legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, a análise de sua pertinência ainda é uma questão bastante controvertida perante os tribunais brasileiros, embora haja uma certa tendência em considerá-la como parte legítima

123 Não bastasse isso, a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 – espanca qualquer dúvida ao elencar os entes legitimados à proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico: (...) Note-se que a OAB não é uma das legitimadas pelo legislador ordinário. Consigno, por oportuno, que o texto original do Projeto de Lei nº 5.8704/2008, que ´Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública`, ampliava o rol de legitimados, incluindo, dentre eles, o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os Governadores, os Prefeitos e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seccionais. Tal proposta, contudo, foi rejeitada pelo Parlamento Brasileiro, que acatou os argumentos do relator, Deputado Luiz Antonio Fleury, verbis: ´Não se vê razões de ordem institucional ou jurídica que possam fundamentar a inclusão no mencionado rol do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, das Mesas das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, dos Prefeitos, das Mesas das Câmaras Municipais e do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seccionais. Pelo contrário, tal medida legislativa pode tornar o instrumento processual da ação civil pública bastante vulnerável a utilizações em que prepondere o caráter político-partidário em detrimento da verdadeira defesa de interesses e direitos coletivos e difusos da sociedade.` (Parecer na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania – cópia anexa) (destaquei) O projeto foi aprovado e resultou na Lei nº 11.448, de 15/01/2007, com o texto em vigência, supracitado, e sem a inclusão da OAB, em clara demonstração, pelo legislador, de que não está legitimada a defender interesses coletivos, que não estejam diretamente relacionados à categoria dos advogados." (Trechos do parecer apresentado em 9.10.2013, pelo Promotor de Justiça Edmilson da Costa Pereira, no AI 103346/2013, interposto perante o TJ/MT, distribuído à Terceira Câmara Cível, sob a relatoria da Desembargadora Maria Aparecida Ribeiro)

universal, desde que não exceda as suas atribuições institucionais basilares (parece ser a posição mais adequada). Em 2015, o STF resolveu, ao menos, uma grande questão controvertida atinente à referida legitimidade ativa: considerou como constitucional o artigo 5º, II da Lei nº 7.347/85, o qual prevê a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

Por fim, sobre a legitimidade ativa da Ordem dos Advogados do Brasil para ajuizar ação civil pública, demonstrou-se que também é uma questão controvertida perante os tribunais. Há, no entanto, aqui também, uma tendência em firmar a recente posição do STJ, no sentido de que, para fins de ajuizamento de ação civil pública, a OAB seria parte legítima universal (parece ser a posição mais adequada). Nestes termos, o Conselho Federal poderia atuar em todo o Brasil; os Conselhos Seccionais, com atuação restrita às suas localidades; e, em ambos os casos, tal como

recentemente decidido pelo STF, compete à Justiça Federal processar e julgar ação judicial na qual atua a OAB (parece ser a posição mais adequada).

Referências Bibliográficas

ABELHA, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
ARRUDA ALVIM, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva e DE MELLO, Rogério Licastro Torres, Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.
BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.
_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
_____. Termas de Direito Processual – Primeira Série. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986.
BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A ação no direito processual civil brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2014
_____. Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. III (arts. 270 a 331). 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
DIDIER JR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1. 9ª Edição. Salvador: JusPodium, 2008
_____, Curso de Direito Processual Civil, Vol. 4, 8ª Edição. Salvador: JusPodium, 2013.
DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001.
FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007
GIDI, Antônio. Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.
_____. Las acciones colectivas em Estados Unidos. México. Editorial Porrúa, 2003.
GOMES JR., Curso de direito processual civil coletivo., 2. ed. São Paulo: SRS, 2008
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.
LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 11º Edição, São Paulo: Método, 2007.
LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3ª Edição, São Paulo: RT, 2008.

LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários do Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
MERLIN CLEVE, Clemerson. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2000.
MILARÉ, Édis. Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2005.
MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.
NIGRO MAZZILLI, Hugo, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, São Paulo, Saraiva, 2014.
NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8ª Edição. São Paulo: RT, 2004.
OLIMPIO DE AZEVEDO, Flávio. Comentários aos estatuto da advocacia: jurisprudência da OAB, Código de Ética e Disciplina, Regulamento da Advocacia, 2ª Ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.
Parecer apresentado em 9.10.2013, pelo Promotor de Justiça Edmilson da Costa Pereira, no Agravo de instrumento nº 103346/2013, interposto perante o TJ/MT, distribuído à Terceira Câmara Cível, sob a relatoria da Desembargadora Maria Aparecida Ribeiro.
STF, ADI 3943/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Julgamento: 7.5.2015.
VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
VIGORITI, Vincenzo, Interessi Collettivi e Processo: La legittimazione Ad Agire, Milano: Dott. A, Giuffrè, 1979.
WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AS INCONSTITUCIONALIDADES DO "PSEUDO" SISTEMA DE PRECEDENTES TRAZIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE UNCONSTITUTIONALITIES OF THE "PSEUDO" PRECEDENT SYSTEM BRANCHED BY THE CIVIL PROCESS CODE OF 2015

Felipe Porfírio Granito[124]

Resumo:

O trabalho é tracejado em um estudo incisivo das teorias gerais principiológicas e inovadoras trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e as consequências da adoção incoerente de medidas sustentadas na teoria de precedente trazida pela nova lei processual, sem que se ultrapassem garantias constitucionais com o fim de alcançar objetivos meramente pragmáticos de efetividade do processo judicial em detrimento do devido processo legal.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Precedentes. Teoria da Decisão. Limites Constitucionais aos Poderes-Deveres do Juiz.

Abstract:

The work is dashed in an incisive study of the general principles of innovation and principles brought by the Code of Civil Procedure of 2015 and the consequences of the inconsistent adoption of measures supported by the precedent theory brought by the new procedural law, without overcoming constitutional guarantees for the purpose to achieve merely pragmatic objectives of the effectiveness of the judicial process in detriment of due process of law.

[124] Advogado, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura – EPM, Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, sócio responsável pela área de Direito Bancário do escritório Granito, Coppi, Boneli & Andery Advogados.

Keywords: Legal Security. Precedents. Decision Theory. Constitutional limits to the powers-of-duty of the Judge.

Sumário:

Introdução..... 05

1. O Precedente no Processo Civil Brasileiro..... 08

2. Espécies de Precedentes..... 09

3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..... 15

4. Técnicas de Superação do Precedente..... 17

5. Reclamação..... 18

6. As Inovações Trazidas Pela Lei Nº 13.105 de 16 de Março de 2015 em Busca da Adequação Processual do Sistema de Precedentes e Suas Inconstitucionalidades..... 22

Conclusão..... 25

Referências..... 27

Introdução

A estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil é adstrita ao sistema jurídico denominado *Civil Law*, pelo qual se depreende, em síntese, que as principais fontes do direito são fundadas em normas jurídicas dogmatizadas em textos legais que estabelecem, previamente, a necessária adequação social.

O desenvolvimento da sociedade e da quantidade de demandas judiciais levadas ao crivo do Poder Judiciário, fez com que parte da essência *Civil Law* de maneira sutil e gradativa perdesse espaço ao que lhe opõe em estrutura, a saber o *Common Law*.

Essa alegação pode parecer um tanto quanto exacerbada, mas em fundamentos específicos com base nas próprias decisões judiciais e nas alterações legislativas que margeiam a sistemática processual brasileira é possível se chegar a essa conclusão.

Há muito, as decisões judiciais reiteradas pelos tribunais, denominadas jurisprudências dominantes vêm sendo base de fundamentação argumentativa para se prolatar as tutelas jurisdicionais em casos semelhantes.

Atualmente, a própria decisão judicial, muitas vezes prolatada em desconformidade com normas jurídicas constitucionalmente postas no sistema normativo possuem muito mais guarida que a lei.

Vivenciamos certamente um momento de instabilidade do sistema processual pátrio, principalmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. É evidente que, no anseio de "desburocratizar" o processo, o legislador lançou mão de garantias constitucionais para salvaguardar a celeridade dos atos processuais.

A intenção é louvável, todavia, jamais pode ser tomada em detrimento da Constituição Federal, matriarca de toda a estrutura normativa de nosso país.

Diz-se isso, pois com o advento da nova lei processual de 2015, desenvolveu-se um "pseudo" sistema de precedentes judiciais, completamente adverso às normas fundamentais, com o fim precípuo de acelerar o trâmite legal para entrega do Direito pleiteado pelas partes envolvidas na relação processual, conforme será melhor delineado nas linhas vindouras.

De acordo com a nova sistemática, as decisões judiciais cuja essência tenha força de precedente, superam qualquer outra norma posta no sistema legal. Ao que parece, há uma tentativa infame de modificar todo desenvolvimento histórico processual sistemático brasileiro de maneira

procedimentalmente inconstitucional, com o objetivo de apenas "desafogar" a demanda do Poder Judiciário.

Ora, dentro do sistema da *civil law* são vislumbradas as disposições legais, nas normas codificadas que tendem, via de regra e em pura tese jurídica, disciplinar todas as relações interpessoais.

Desse modo, na teoria pura do sistema, ao magistrado caberia, exclusivamente, aplicar o código escrito, interpretando apenas a ligação fática que deu origem à aplicação do direito.

De acordo com a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, a codificação das normas jurídicas deveria ser perfeita, pura, de modo a garantir ao magistrado a certeza e clarividência da aplicação.

Colaciona-se fragmento do texto supramencionado:

> *O conhecimento das normas guarda relação com a Codificação ou com a pretensão de se ter Códigos capazes de regular todas as situações, eliminando quaisquer dúvidas que sobre elas pudessem pairar. Lembre-se que na tradição do civil law, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz.*[125]

Não deveriam existir, portanto, dúvidas e muito menos lacunas. Apenas dessa forma o conhecimento da norma guardaria relação com a garantia da segurança jurídica.

Todavia, o sistema brasileiro, como se vem tentando demonstrar, está inserto num processo de reformulação de patamares, transformação de paradigmas e da própria sistemática jurídica.

Assim, evidencia-se que todo sistema em desenvolvimento pela jurisprudência e atualmente consagrado no Código de Processo Civil de 2015 que criou os primeiros alicerces de

[125]MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica>. Acesso em: 18 de junho de 2017, p. 06.

uma sistemática jurídica pautada em precedentes judiciais está eivado de ilegalidades e inconstitucionalidades patentes, que devem ser superadas.

1. O Precedente no Processo Civil Brasileiro

Como cediço, o precedente judicial consiste em uma decisão prolatada pelo magistrado com o poder de influenciar a fundamentação de casos pósteros, com eficácia persuasiva, sem modulação obrigatória temporal e quantitativa (quando sumulados).

No âmbito do Direito brasileiro esta característica de as decisões judiciais serem consideradas como precedentes está mais vinculada aos tribunais e principalmente às cortes de superposição. Dificilmente a sentença de um magistrado de primeiro grau possuirá força de precedente judicial por não deter esse potencial de influir em casos futuros.

Seguindo a graduação da própria organização do sistema jurídico brasileiro, podemos considerar que, em contrapartida, um acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, provavelmente será dotado da característica de precedente quando esclarecer determinado tema.

O que se absorve dessa idéia é que o precedente judicial dentro do direito brasileiro tem escala hierárquica, de acordo com a própria organização estrutural do sistema jurídico. A decisão judicial prolatada pelos julgadores que não pertencem aos órgãos de superposição deverá ter força argumentativa muito grande para ser considerada precedente judicial, por sua observância não ser obrigatória.

Normalmente, portanto, a maior incumbência do magistrado de instâncias inferiores será aplicar além da norma jurídica estabelecida nos códigos, o precedente judicial, muitas vezes solidificado como jurisprudência, com efeito vinculativo ou meramente persuasivo, o que se irá verificar nas linhas vindouras.

O que se estabelece, prioritariamente, a partir dessas considerações em relação à aplicação do precedente no ordenamento jurídico brasileiro é sua caracterização como fonte de direito.

Sempre se elucidou a jurisprudência oriunda da concretização de um precedente judicial como fonte subsidiária do direito brasileiro, utilizada em complemento à norma jurídica estruturada.

Todavia, essa característica subsidiária da jurisprudência, principalmente do precedente judicial, em relação à norma jurídica, foi afastada com o desenvolvimento da atuação do Poder Judiciário no Brasil. Atualmente a fonte de direito prioritária, com mais poder jurídico e força legislativa que a própria lei é a decisão judicial reiterada.

Como se vem tentando demonstrar desde o início das explanações, o caráter puro da legislação vem sendo esmagado pelas decisões judiciais reiteradas sobre temas análogos, gerando consequente déficit na prestação da tutela jurisdicional.

2. Espécies de Precedentes

As espécies de precedentes judiciais no âmbito do direito processual brasileiro são diferenciadas pelos efeitos causados quando da configuração, em relação aos casos análogos e a eficácia jurídica.

De acordo com Fredie Didier Jr.:

> *No direito brasileiro, os precedentes judiciais têm aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, que não se excluem. É possível e até comum que um mesmo precedente produza mais de um tipo de efeito. Visualizamos ao menos seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: (i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); persuasivo; (iii) obstativo de revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescidente/deseficacizante; e (vi) de revisão de sentença.*[126]

[126] DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

Inicia-se, prioritariamente, com a abordagem dos precedentes com característica vinculante. Como a denominação sugere, são os precedentes que possuem eficácia vinculativa, arrolados objetivamente no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, em relação às decisões análogas que lhe forem supervenientes, isto é, a *ratio decidendi* - os fundamentos jurídicos assentados na motivação que sustentam a decisão -, vincula os juízos em casos semelhantes.

No Brasil, com o advento do Código de Processo Civil, os precedentes com eficácia vinculante foram enumerados especificamente no artigo 927. São eles: (i) enunciados de súmula vinculante; (ii) entendimento consolidado nas súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; (iii) objetivação do controle concentrado de constitucionalidade; (iv) *ratio decidendi* de recurso extraordinário ou especiais repetitivos e (v) as decisões em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e incidentes de assunção de competência (vi) as orientações do plenário ou órgão especial a que se vincularem os magistrados;

É importante salientar uma especialidade, nesse tema. Especificamente para as decisões com efeito vinculante proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade que possuem efeito vinculativo em relação a todos os órgãos jurisdicionais do país e da administração pública, sua eficácia vinculante não está ligada à fundamentação e a *ratio decidendi* da decisão.

Nesse caso, a vinculação é decorrente de expressa disposição legal devido à coisa julgada, nesse caso, possuir efeito *erga omnes*. Decorre da norma jurídica.

É, portanto, distinção que deve ser observada entre o efeito vinculante de um precedente e a coisa julgada *erga omnes.*

Ainda sobre o tema, no que tange ao precedente obstativo de revisão de decisões, importante consideração se relaciona à inconstitucionalidade da norma processual em alguns aspectos relacionados à referida espécie de precedente.

São eles os precedentes com o poder de obstar a apreciação de um recurso por órgão colegiado ou obstar a remessa necessária.

A espécie de precedente e epígrafe possuía disposição legal no Código de Processo Civil de 1973, garantindo ao magistrado o poder de julgar de plano determinada matéria, ou obstar a remessa necessária, quando o tema estivesse em desacordo com precedente judicial consolidado, principalmente aqueles emanados pelas cortes de superposição.

Eram os casos previstos nos artigos 475, §3º, 518, §1º, 544, §§ 3º e 4º e 557, todos do Código de Processo Civil de 1973, cuja transcrição é pertinente:

> *Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
> *§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente."*
>
> *Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.*
> *§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.*
> *§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008*
> *§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:*

> *Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*

O precedente com efeito obstativo de revisão da decisão, embora tenha perdido força com o advento da nova sistemática processual civil – precipuamente em função das alterações principiológicas e basilares trazidas com a nova Lei Processual -, ainda prevalece nas normas atuais.

É o que se observa com a manutenção das normas dispostas nos artigos 475 do Código de 1973, superado pelo artigo 496, § 4º do Código atual e 932, IV do Código de Processo Civil de 2015.

Oportuna a transcrição dos dispositivos mencionados:

> *Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
>
> *§ 4o Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:*
>
> *I - súmula de tribunal superior;*
>
> *II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
>
> *III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*
>
> *IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.*

> *Art. 932. Incumbe ao relator:*
>
> *IV - negar provimento a recurso que for contrário a:*
>
> *a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
>
> *b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
>
> *c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

De toda sorte, nota-se que são casos específicos, mas que obstam, de plano, a apreciação da matéria arguida pela parte no processo.

Sua inconstitucionalidade parece evidente.

O Devido Processo Legal e o Amplo Acesso à Justiça são expurgados por decisões perfunctórias, sem sequer dar à parte que figura em uma relação processual a garantia de demonstrar nos autos todos os meios suficientes que motivam a propositura da demanda judicial.

As afrontas constitucionais, todavia, serão abordadas em tópico próprio.

Em continuação, objetivando atenção às espécies de precedente com maior força em nossa sistemática, o tema será direcionado agora aos precedentes com efeito persuasivo.

Seguindo sua denominação, não possuem caráter vinculativo, isto é, não vinculam outros magistrados obrigando-os a julgar de forma equidistante. Caso ele o faça, será porque concorda com a fundamentação e resultado garantido pelo precedente dessa modalidade.

De acordo com a doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, o precedente persuasivo faz "indício de uma solução racional e socialmente adequada"[127] à direção da decisão judicial.

Quanto aos precedentes com efetivo persuasivo e sua eficácia, é imperioso ressalvar que as inovações do Código de Processo Civil trouxeram por sua vez algumas melhorias, quando analisadas sob a ótica da Constituição Federal.

Isso, pois na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o legislador, em observância ao precedente persuasivo, garantia faculdades aos magistrados de fazer com que sua repercussão incidisse sobre decisões posteriores.

Um exemplo prático nesse sentido era a redação do artigo 285-A do antigo Código de Processo Civil - incluído nas inovações ocorridas em 2006 -, que garantia ao magistrado o poder de indeferir um pedido apresentado em juízo anteriormente à citação da parte adversa e abertura do contraditório, quando já houvesse consolidado entendimento no sentido diverso ao pleito.

Vale a transcrição do dispositivo superado, senão vejamos:

> *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.*

Supostas peculiaridades haviam sido observadas para evitar prejuízos na prestação da tutela (o dispositivo causava espanto). Apenas se poderia aplicar o dispositivo em comento em casos em que a matéria fosse exclusivamente de direito e o caso *sub judice* fosse idêntico aos outros que solidificaram o entendimento do juízo.

Independente disso nota-se que é de certa forma, uma afronta ao devido processo legal e precipuamente à segurança jurídica.

[127] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004, p. 160.

Sabiamente, o legislador em 2015, extirpou a aberração jurídica prevista no artigo supramencionado, modificando sua redação – sob a ótica do texto comparado – e introduziu no Código de Processo Civil o artigo 332, o que prevê a mesma possibilidade de julgamento liminar de improcedência, todavia, exclusivamente no caso de afronta à precedente com efetivo estritamente vinculativo[128].

É evidente que ainda assim, toma-se por base um precedente judicial, mesmo que com eficácia vinculante, como fonte primária do direito, apto a obstar as garantias constitucionais do Devido Processo Legal. Todavia, considerando-se a construção gradativa do "pseudo" sistema de precedentes brasileiro, não deixa de ser uma inovação mais adaptável à Constituição Federal.

O cerne principal é que no caso dos precedentes com efeito persuasivo, os magistrados, independentemente do grau de jurisdição, continuarão, mesmo com as alterações sistemáticas do Processo Civil brasileiro, decidindo por livre vontade se concordam ou não com a matéria, até que se prolate decisão especial com efetivo vinculativo para determinar o entendimento imutável do Poder Judiciário sobre o tema.

3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Ainda sobre o tema das espécies de precedentes, mas já adentrando nas inovações do Código de Processo Civil, à luz do sistema de precedentes, instrumento processual de boa valia, mas que também dá azo à alegação de que estamos cada vez mais distantes do *Civil Law* e próximos ao *Common Law*, foi a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

[128] Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1o O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2o Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3o Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4o Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Em breves linhas, cuida-se de ferramenta através da qual poderá ser suscitado ao Órgão Especial do Tribunal no qual esteja vinculado determinado processo judicial a averiguação e formalização de um posicionamento com eficácia vinculativa que resolva demandas repetitivas – com a mesma relação fática – nas quais os órgãos fracionados estejam prolatando decisões com sentidos distintos.

O principal motivo da criação do incidente – importado pelo Brasil do direito alemão e inglês – é a garantia à isonomia nas decisões judiciais e consequentemente a Segurança Jurídica.

Característica importante do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é que, a partir do momento em que seu trâmite é admitido pelo Tribunal, de acordo com a norma disposta no artigo 982 do Código de Processo Civil, os processos individuais ou coletivos que tramitarem com a mesma matéria levada à uniformização serão suspensos até o efetivo julgamento da controvérsia, limitando-se ao prazo de 01 (um) ano – artigo 980, CPC.

Juntamente com os recursos repetitivos, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas compõe o microssistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios, com eficácia vinculativa que deve ser necessariamente observado pelos juízes vinculados ao Tribunal prolator da decisão.

Ainda no mesmo sentido, conforme leciona Fredie Didier Jr.:

> *Formado o precedente obrigatório (...) os juízos e tribunais deve observá-lo, proferindo julgamento de improcedência liminar (art. 332, II e III, CPC), dispensando remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III, CPC), autorizando a tutela provisória de evidência (art. 331, II, CPC) e conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (art. 932, IV, b e c, V, b e c; art. 955, parágrafo único, II, CPC).*[129]

[129] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela.** 11ª Edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 510.

A ferramenta evidencia ainda mais a direção das alterações da sistemática processual brasileira que, em que pese tenha a patente intenção de alcançar mais coerência e consequentemente a segurança dos jurisdicionados, ainda não se atenta às regras mínimas sistemáticas do Direito pátrio.

4. Técnicas de Superação do Precedente

Tão importantes quantos os meios de criação, confronto e interpretação dos precedentes - ou mais, se analisadas sob a ótica da segurança jurídica –, são as técnicas de superação.

As técnicas de superação do precedente judicial são divididas em duas, as quais: *overruling* e *overriding*.

Precipuamente, com mais atenção em virtude de sua aplicação no Direito brasileiro, o *overruling* ocorre na ocasião em que um precedente vinculante é automaticamente substituído por outro precedente, prolatado pelo mesmo tribunal que o formulou. Conforme leciona Fredie Didier Jr.[130], esta substituição pode ser tácita ou expressa, senão vejamos:

> *(i) expressa (express overruling), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou*
>
> *(ii) tácita ou implícita (implied overruling), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última. O implied overruling não é, porém, admitido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, § 4º, CPC). É preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda ao overrruling.*

[130] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela.** 11ª Edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 508.

De acordo com Thomas Bustamante, a "regra-de-ouro" das *departures*, entre as quais se encontra o *overruling*, é que, ao se afastar do seu próprio precedente, o órgão julgador sempre deve leva-lo em consideração, com o fim de tematizar expressamente a questão do afastamento.[131]

Especificamente na técnica processual civil brasileira, as formas de superação de qualquer precedente judicial, jurisprudência dominante e enunciado de súmula estão detidamente previstas nos parágrafos 2º e 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil.

As previsões têm o iminente cuidado de garantir que as alterações dos precedentes possam ser precedidas de novo debate público em que se exponha os motivos para manutenção ou superação do entendimento anteriormente adotado pelo Tribunal, juntamente com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

É evidente o cuidado e zelo previsto no Código de Processo Civil para que as matérias consolidadas em precedentes sobre as quais se pretenda a superação, sejam amplamente discutidas.

Ocorre, contudo, que não se desenvolveu um sistema específico de superação dos precedentes, de forma a esgotar a matéria. O artigo 927 do Código de Processo Civil é extremamente vago ao tratar das formas de superação dos precedentes com eficácia vinculante, em que pese tenha dado a ele tanta importância em nossa sistemática.

5. Reclamação

Além das técnicas de superação dos precedentes, o advento do Código de Processo Civil sedimentou a figura instrumental da Reclamação que, por sua vez, garante eficácia aos jurisdicionados no caso de desrespeito do Estado Juiz aos precedentes formados com eficácia obrigatória.

É importante salientar que a figura da Reclamação foi criada pelo Supremo Tribunal Federal com fundamento na chamada teoria dos poderes implícitos dos julgadores.

[131] BUSTAMANTE, Thomas. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

Explica-se que os poderes implícitos estão totalmente vinculados à efetivação do poder explícito dos magistrados de julgar os processos que lhes são apresentados.

Por consequência, o poder implícito ao julgamento é garantir efetividade de suas próprias decisões.

Sobre o tema, leciona Fredie Didier Júnior. Vejamos:

> *A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento na teoria dos poderes implícitos. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esses poderes implícitos, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais.* [132]

A reclamação já encontrava guarida no Regimento interno do STF, em seus artigos 156 a 162, bem como na Constituição Federal de 1988, prevista para o STF nos artigos 102, I, l e para STJ no artigo 105, I, f, cuja transcrição se impõe:

> *Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.*
>
> *Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental.*
>
> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
>
> *I - processar e julgar, originariamente:*

[132] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais.** 11ª Edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 527.

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Outrossim, com a inserção no texto constitucional da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional 3/1993 e, posteriormente, com a Reforma do judiciário pela Emenda Constitucional 45/2004, a Reclamação ganhou ainda mais importância, encontrando cabimento para impor o cumprimento de decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e garantindo a aplicação de enunciados das súmulas vinculantes do STF.[133]

Ainda, ainda sob o enfoque da evolução do instituto processual da Reclamação, registra-se que sua regulamentação se dava pela Lei nº 8.038/1990, que instituiu as normas procedimentais para os processos que tramitavam perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, na nova sistemática processual, a Reclamação se encontra entre os artigos 988 e 993 do Código de Processo Civil atual.

Oportuna a transcrição especificamente do artigo 988, que determina as hipóteses de cabimento da Reclamação, *in verbis*:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

[133] NOBRE JR, Edilson Pereira. **Reclamação e tribunais de justiça.** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 109-129.

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1o A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2o A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3o Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4o As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6o A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

Conforme se denota da disposição do artigo supratranscrito, a Reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal e não mais apenas perante as Cortes de Superposição, conforme previsão antiga.

Sua finalidade é garantir a eficácia às decisões vinculativas prolatadas pelos Tribunais.

Trata-se, pois, de instituto processual já consagrado, mas com novas hipóteses de cabimento, com o fim de garantir efetividade às decisões judiciais e, principalmente, o respeito do Estado Juiz a todas elas.

6. As Inovações trazidas pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 em busca da Adequação Processual do Sistema de Precedentes e suas Inconstitucionalidades

O advento da nova sistemática processual civil brasileira trouxe inegáveis modificações que garantirão maior previsibilidade às decisões judiciais e adequação da criação, aplicação e superação dos precedentes judiciais nos limites da Segurança Jurídica.

Exemplo disso foi a criação da norma disposta no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, prescrevendo aos Tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, a fim de evitar afronta ao principal sentido da Segurança Jurídica, isto é, a confiabilidade do cidadão na forma de agir do Estado.

Imperiosa a transcrição do dispositivo:

> *Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*
>
> *§ 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.*
>
> *§ 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.*

Viabiliza-se, assim, a adequação da atuação das partes (em sentido amplo) no desempenho de suas funções em um processo judicial, atendendo aos preceitos e normas da Constituição Federal.

A nova sistemática trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 visa garantir o desaparecimento da omissão dos Tribunais em face dos inúmeros entendimentos divergentes verificados dentro das próprias instituições, nos órgãos fracionados, sobre uma mesma questão jurídica.

Ainda, além de uniformizá-lo, deve mantê-lo estável, incapaz de revisão, a não ser quando por motivo suficientemente plausível que garanta sua superação, amplamente justificada, com a participação da sociedade e com modulação de efeitos.

Deve ser, além do mais, coerente e íntegra.

Coerência e integridade, nesse caso – duas vitórias que assentam a tese retirada de *Dworking* – são, pois, a consistência lógica que os casos semelhantes devem guardar entre si e uma garantia à arbitrariedade interpretativa nas decisões judiciais.

A busca, portanto, de um Poder Judiciário equânime e fiel às normas jurídicas pré-estabelecidas parece ter sido a principal inovação do legislador ao aprovar o Código de Processo Civil vigente.

De igual modo, modificação sistemática que merece evidência é a inclusão do já mencionado artigo 927 do Código de Processo Civil.

Pelo dispositivo supramencionado, denota-se que as decisões judiciais deverão obedecer necessariamente aos entendimentos formados a partir de procedimentos que construam precedentes com efeito vinculativo.

Não caberá, portanto, em qualquer hipótese, decisão que contrarie entendimento formulado com efeito obrigatório.

Verifica-se, pois, uma patente modificação do sistema de precedentes no Brasil. A busca pela adequação das decisões judiciais aos preceitos constitucionais se evidencia nas bases principiológicas em que se pautou a nova Lei Processual.

De toda sorte, quando não realizada a consolidação do precedente judicial garantindo-lhe efeito vinculativo, a Segurança Jurídica continuará ameaçada.

Da mesma forma, não há esclarecimentos objetivos nas disposições legais acerca da possibilidade de se reformular um entendimento consolidado pelo Tribunal em matérias levadas à formulação das *ratio decidendis* obrigatórias. Um procedimento próprio de superação não foi efetivamente criado, demonstrando a ainda patente vulnerabilidade do Poder Judiciário brasileiro.

Outrossim, é de se esclarecer que a base legislativa para se alterar dessa forma o sistema jurídico pátrio seria necessariamente a Constituição Federal.

Embora atualmente tenhamos, em tese, um sistema de precedentes passível de solidificação das decisões judiciais, a base primária para prolação das decisões judiciais ainda deve ser a lei.

Ao que parece, o Código de Processo Civil, na ânsia de desenvolver uma sistemática mais adepta à Segurança Jurídica, modificou completamente preceitos constitucionais das decisões judiciais.

A legalidade, a ampla defesa e o contraditório, a tripartição dos poderes, a independência funcional do juiz, todos esses princípios dotados de garantia constitucional passaram despercebidos pelo legislador na formação do sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil de 2015 dá início às suas previsões determinando que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Ora, chega a causar espanto referida estipulação. É óbvio que em um sistema democrático de direito, cuja lei maior é a Constituição Federal, nenhuma outra norma infraconstitucional pode contrariar ou negar vigência às determinações constitucionais.

Mas causa ainda mais espanto analisar toda a sistemática jurídica desenvolvida pela nova lei processual no caso do sistema de precedentes supostamente criado – não apenas ele, mas principalmente.

A Constituição Federal estabelece, como garantia fundamental, o Devido Processo Legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório e à segurança jurídica.

Estabelece, outrossim, a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual com sua função.

Determina, ainda, as garantias de independência dos magistrados, com o fim de objetivar a imparcialidade de seus julgamentos e a autonomia das decisões judiciais.

Todavia, ao se analisar os desdobramentos do sistema de adstrição dos precedentes, vislumbramos que em verdade, o Código de Processo Civil acabou por afetar diretamente referidas garantias.

Conclusão

Conforme se tenta demonstrar, a nova sistemática, especificamente relacionada aos critérios de formação e superação dos precedentes judiciais, bem como a primazia de fonte de direito estabelecida pelo Código de Processo Civil 2015, não acompanha preceitos basilares da Constituição Federal brasileira.

Isso, pois, garantiu-se a possibilidade de os tribunais desenvolverem e promulgarem normas jurídicas vinculativas que obrigam a prolação de decisões em conformidade com elas, sem qualquer liberdade de julgamento.

Inúmeros foram os precedentes com eficácia vinculativa desenvolvidos pelo Código de Processo Civil com o fim de garantir celeridade e uma “pseudo” segurança aos jurisdicionados, mas em absoluto desrespeito às garantias constitucionais.

Chega-se, então, à conclusão, mesmo que perfunctória, que na verdade o sistema de precedentes desenvolvido pelo Código está fadado à insconstitucionalidade.

Não há como se alterar toda uma sistemática jurídica que acompanha o desenvolvimento da sociedade por uma simples norma infraconstitucional, desrespeitosa à lei maior.

É, pois, o que se observa da fracassada tentativa do legislador que deverá, necessariamente, ser revista, tanto pelo Poder Judiciário quanto pela própria sociedade para que as garantias constitucionais dos cidadãos permaneçam intactas.

Referências

Brasil. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 jun. 2012.

Brasil. Lei 5.869/1973. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 10 jun. 2013

Brasil. Lei 11.417/2006. Disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso 13 ago. 2013.

ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: RT, 2016. p. 285.

BUSTAMANTE, Thomas. Teoria do Precedente Judicial. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

DIDIER JUNIOR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

DIDIER JUNIOR, FREDIE. **Princípio da boa-fé processual. Proibição de o órgão jurisdicional comportar-se contraditoriamente**. Editorial nº 152. D**isponível em:** <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-152/>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em:

<http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica>. Acesso em: 18 de jun 2017.

REALE, Miguel.**Lições preliminares de direito**. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de**. Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Editora Juruá, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

A SUSPEIÇÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRISE INSTITUCIONAL DO SISTEMA DE JUSTIÇA

THE SUSPICION, THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE INSTITUTIONAL CRISIS OF THE JUDICIAL SYSTEM

Gabriela Shizue Soares de Araujo[134]

Juliana Cardoso Ribeiro Bastos[135]

Resumo:

Considerações sobre a o excesso de poderes do Judiciário, causado em grande parte pela ausência de controles efetivos sobre a discricionariedade e parcialidade dos juízes-intérpretes, como se verifica pelos casos de declaração de suspeição do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Devido processo legal – Imparcialidade do juiz – Supremo Tribunal Federal – Declaração de suspeição – Interpretação.

Abstract:

Considerations on the excessive powers of the Judiciary, caused in large part by the absence of effective controls on the discretionary and partiality of the interpreter-judges, as verified by the cases of declaration of suspicion of the Federal Supreme Court.

Key-words: Due process legal – Impartiality of the judge – Supreme Court – Statement of suspicion – Interpretation.

Sumário: Introdução. 1. Uma crise institucional no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário. 2. O juiz imparcial como expressão do devido processo legal na garantia do Estado Democrático

[134] Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE – PUC/SP). Professora convidada de Direito Constitucional na UNIFIEO. Advogada. E-mail: gabriela@araujolaw.com.br

[135] Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogada. E-mail: ju_crbastos@yahoo.com.br

de Direito. 3. A declaração ou não de suspeição de Ministros do Supremo Tribunal Federal e o devido processo legal. 4. Interpretação: instrumento de poder da função jurisdicional? Conclusões. Referências bibliográficas.

Summary: Introduction. 1. An institutional crisis in Brazil and the role of the Judiciary. 2. The impartial judge as an expression of due process of law to guarantee the Democratic State of Law. 3. The declaration or non-declaration of Ministers of the Federal Supreme Court and due process of law. 4. Interpretation: instrument of power of the jurisdictional function? Conclusions. References.

Introdução

O modelo de separação de poderes, tal qual desenvolvido por Montesquieu, atravessa hoje uma crise institucional que se repete em quase todas as democracias modernas que o adotaram, sobretudo em razão de um desequilíbrio no sistema de "freios e contrapesos" pendente para o Poder Judiciário, que acaba por exercer forte ingerência sobre os Poderes Legislativo e Executivo, mas não se submete, por outro lado, a um controle externo quanto ao conteúdo das decisões proferidas, o que acaba por lhe conferir um poder de decisão ilimitado.

No Brasil, em especial, esse fenômeno ocorre em grande parte pela existência de um Poder Executivo excessivamente burocratizado, que, muitas vezes, deixa de atender demandas urgentes da população em razão da morosidade de seus procedimentos, aliado a um Poder Legislativo que não consegue ou não quer se comunicar com suas bases, contribuindo para um enorme déficit democrático que já é originário da inadequação do sistema eleitoral atual.

O enfraquecimento das instituições que são eleitas diretamente pelo povo e que nele deveriam buscar a legitimidade de suas ações acaba paradoxalmente por legitimar justamente aquela instituição que não carrega consigo a representatividade do voto popular, dando vazão a um ativismo judicial e a uma judicialização da política descontroladamente crescentes.

Sob esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, última instância recursal no controle de constitucionalidade e nas decisões sobre as principais questões do país, emerge como um órgão de poderes praticamente ilimitados.

Acresça-se a isso o fato de que a corte superior é composta apenas por onze ministros que, nomeados pelo Presidente da República, ocupam suas vagas de forma vitalícia, ou seja, detêm o poder de dar a última palavra sobre questões constitucionais até a sua morte ou aposentadoria compulsória.

Como evitar que ocorra então o espírito corporativo e o empoderamento pessoal dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, diante da inexistência de um órgão externo ao Poder Judiciário realmente capaz de revisar ou controlar as decisões da instituição?

A análise de casos de suspeição envolvendo Ministros do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, demonstra de forma mais evidente a existência de uma verdadeira "supremocracia" em nosso país, consubstanciada no ápice da crise de separação de poderes.

Os princípios e instrumentos hermenêuticos, que devem guiar toda a atividade do intérprete, ao que parece, não vêm sendo aplicados adequadamente ou pelo menos não têm sido respeitados como postulados do direito que são. De qualquer modo, ainda que a solução esteja na hermenêutica, como conferir-lhe a efetividade suficiente para se fazer valer frente a uma Corte Superior que detém a última palavra em todas as instâncias?

Diante desse paradoxo, neste artigo pretendemos apontar algumas incongruências do nosso sistema de justiça, de modo a permitir uma reflexão sobre os ajustes que poderiam ser adotados para o reestabelecimento de um equilíbrio satisfatoriamente harmônico entre os poderes e garantir a subsistência do Estado Democrático de Direito no Brasil.

1. Uma crise institucional no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário

O constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial trouxe consigo a proliferação de Constituições compromissórias, que, fundadas no pilar do Estado Democrático e Social de Direito, passaram não apenas a garantir liberdades negativas, mas também direitos prestacionais sociais do Estado perante os indivíduos.

Por sua vez, à tripartição dos poderes incorpora-se um modelo de Constituições democráticas, já com a forte presença do controle de constitucionalidade que, se por um lado subtrai da democracia representativa a possibilidade de uma tirania da maioria, por outro lado confere ao Poder Judiciário um papel de protagonismo inédito, principalmente na imposição do cumprimento dos direitos prestacionais sociais do Estado.

Hannah Arendt (2011, p. 257), ao tratar da revolução e da Constituição estadunidenses, explica como o controle judiciário, sobretudo a Suprema Corte, assumiu àquela época a função de verdadeira autoridade aplicadora e intérprete das leis, justamente por ter-se considerado que o judiciário, não possuindo nem força nem vontade, mas meramente julgamento, seria o mais fraco dos três poderes e inversamente revestido de maior autoridade para atualizar e manter a estabilidade da Constituição.

A concessão de maior autoridade ao Judiciário por considera-lo um poder "mais fraco", porém, não se atentou ao alerta feito por Montesquieu (1973, p.163-165) de que a própria virtude precisa de limites. Ora, se "*todo homem que tem poder é levado a abusar dele",* e essa é a premissa motivadora do princípio da separação de poderes, o que justificaria a concessão de poderes ilimitados ao judiciário?

A consequência dessa autoridade exacerbada atribuída ao Poder Judiciário nas primeiras Constituições, porém, começa a ser sentida agora nas atuais democracias constitucionais, com a evolução do controle de constitucionalidade e de novas concepções do constitucionalismo, de onde emerge um sistema judiciário que extrapola e usurpa os poderes soberanos do Executivo e Legislativo, sem qualquer autoridade capaz de limitar seu crescente voluntarismo.

Sob esse aspecto, seria possível afirmar que o protagonismo judicial se inspira em um "constitucionalismo principialista"[136], de tendência jusnaturalista, que, tendo entre seus maiores expoentes Robert Alexy, Manuel Atienza e Ronald Dworkin, concebe o direito como uma prática jurídica (interpretativa e argumentativa) confiada principalmente aos juízes ou tribunais.

Luigi Ferrajoli (2012, p. 27), adepto do constitucionalismo garantista, destaca, através de uma análise crítica, as três principais características do constitucionalismo principialista a que se opõe e que resumimos aqui: (a) o cognitivismo ético-judiciário, apoiado nos ataques ao

[136] Esse termo é utilizado por Luigi Ferrajoli para classificar o constitucionalismo antijuspositivista, de tendência jusnaturalista, ou também denominado constitucionalisto argumentativo.

positivismo jurídico e na rejeição à separação entre direito e moral; (b) a distinção entre regras e princípios, tomando-se as normas constitucionais como princípios ético-políticos, frutos de argumentações morais; e (c) a ponderação como o único tipo de racionalidade pertinente aos princípios, enquanto que a subsunção só se aplicaria às regras.

Das características acima apontadas, decorre uma excessiva ampliação da ponderação na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais, o que vem a promover o ativismo judicial e a discricionariedade da atividade jurisdicional, configurando o que Ferrajoli (2012, p. 51) classifica como um verdadeiro "poder de disposição dos juízes", um poder ilegítimo que invade a competência política das funções de governo através da criação do direito pelo magistrado.

Ora, é natural que Constituições compromissórias como a Constituição Brasileira de 1988, compostas por textos principiológicos com abertura para inúmeras prestações sociais do Estado, inevitavelmente resultem em uma busca maior pela concretização de direitos através da intervenção do Poder Judiciário.

No entanto, ainda que diante de normas constitucionais diretivas ou programáticas, dotadas de maior vagueza ou indeterminação, não cabe ao Poder Judiciário usar de seu poder criativo para colmatar eventuais lacunas estruturais, usurpando via interpretação arbitrária o dever legislativo de implantação de direitos sociais previstos no texto constitucional. O papel do Poder Judiciário, nessas situações, restringe-se no máximo à provocação do Poder Legislativo para que este produza legislação regulamentadora que assegure a prestação social do Estado a todos.

Tolerar que o Poder Judiciário extrapole seus poderes, fazendo as vezes de julgador, legislador e executor, como ocorre em muitos casos, sacrificando o princípio basilar da separação dos poderes, equivale a um regresso à lógica do direito natural, justificando-se os meios pela "justiça" dos fins, em clara oposição à legitimidade dos meios que norteia o direito positivo.

Trata-se da mesma lógica utilizada pelos terroristas, como bem lembra Walter Benjamin (1986, p. 123) em sua crítica da violência, quando sacrificam pessoas inocentes para supostamente salvar a humanidade (ou em nome de uma justiça maior). Afinal, a quem cabe julgar se os fins são justos ou injustos para justificar uma exacerbação das funções reservadas ao Poder Judiciário que não ao próprio integrante da instituição, seja um magistrado seja um tribunal? E se é um exagero comparar seu voluntarismo ao de terroristas, não é exagero dizer que os próprios

direitos fundamentais são implodidos quando se delega à discricionariedade e subjetivismo de um único órgão poderes praticamente ilimitados.

Ainda que com os mais belos propósitos, não se pode esquecer o alerta de Montesquieu, de que a própria virtude deve ser contida, sob o risco de se tornar tirânica. Tendo em vista a subjetividade que existe dentro de todo ser humano, inclusive do magistrado, a inexistência de limites objetivos ao seu poder pode autorizar abusos e excessos, mesmo que invocados para finalidades teoricamente lícitas, como a concretização de direitos fundamentais, tal qual se costuma alegar nos casos de evidente ativismo judicial.

O problema da discricionariedade do juiz, aliás, parece ser um ponto comum no constitucionalismo, que não escapa nem aos positivistas como Kelsen e Hart, que admitem o poder discricionário dos juízes nos casos difíceis, obscuros, mas não conseguem resolver o problema sobre a quem cabe decidir se os casos são difíceis e obscuros o bastante para escaparem à subsunção e se submeterem a uma ponderação discricionária.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck (2016, p. 47), em uma abordagem distinta da de Ferrajoli, alerta para a profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, "*a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista, e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento, consciente ou inconsciente, ao esquema sujeito-objeto*".

De um modo sistêmico, esse poder arbitrário do judiciário se reflete em institutos que vêm se tornando já banais no Brasil, apesar de incompatíveis com o princípio da separação de poderes e com a própria democracia, como o ativismo judicial, a judicialização dos conflitos políticos e a politização dos conflitos judiciários.

Há que se considerar, porém, que o Poder Judiciário não teria tamanha liberdade de atuação se as demais instituições não estivessem também enfraquecidas justamente perante a sociedade que lhes outorgou poder representativo.

É sintomático considerar que, dentre os poderes que formam o Estado, o único que não foi diretamente eleito pelo povo é aquele que vem se destacando e se imiscuindo em assuntos que por direito não lhes seriam atinentes.

Temos no Brasil um Poder Legislativo cada vez mais esvaziado de poderes, ou melhor, de autoridade, muito em função do *déficit democrático* que afasta os cidadãos de seus representantes no Parlamento, com a confluência de fatores como um sistema eleitoral proporcional com lista aberta que não cumpre o papel de fortalecimento dos partidos; a ausência de mecanismos eficazes de participação popular e de interação entre eleitores e eleitos - o que converge também na inexistência de prestação de contas dos parlamentares e na impossibilidade de revogação do mandato em caso de infidelidade compromissória -; uma multiplicação de partidos personificados em algumas figuras políticas, muitas vezes "partidos de aluguel", sem qualquer programa definido; além de inúmeros obstáculos à diversidade e representação de minorias sociais marginalizadas, já que o fator econômico ainda impera no acesso a uma cadeira legislativa.

Além da passividade e baixa produtividade do Poder Legislativo, verifica-se um Poder Executivo engessado por procedimentos burocráticos excessivos, muitos deles criados pelo próprio judiciário, em sua ingerência indevida sobre os procedimentos adotados na execução das políticas públicas.

Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que se exige maior dinâmica na execução das prestações sociais do Estado, cria-se diariamente novos procedimentos e exigências que minam a discricionariedade do Poder Executivo, sob o pretexto de fiscalização da moralidade administrativa, burocratizando-se ainda mais a máquina pública.

Essa mecânica gera uma falsa sensação na população de que apenas o Poder Judiciário poderia resolver suas demandas, quando na verdade é ele próprio quem as torna inexequíveis de um modo mais amplo, sempre que usurpa poderes que não são seus, apoiando um certo círculo vicioso, de modo que todas as questões do Estado lhe retornem invariavelmente.

Como agravante, considerando que o Poder Judiciário detém o monopólio jurisdicional e do controle de constitucionalidade, podendo julgar tanto os atos expedidos pelo Poder Executivo como as leis promulgadas pelo Poder Legislativo, assim como os seus próprios agentes emissores, nota-se um patente desequilíbrio no "sistema de freios e contrapesos", já que os demais poderes não possuem mecanismos de contenção equivalentes.

Ainda que o Poder Legislativo criasse uma legislação limitando ou viabilizando a fiscalização externa dos arbítrios da atividade jurisdicional, nada impediria ao próprio poder arbitrário do Judiciário que expurgasse eventualmente essa lei do sistema.

Na conjuntura atual, com a sociedade em descompasso com os poderes representativos, e sob a evolução de uma iminente "contrarrevolução jurídica", qualquer medida que buscasse de forma mais direta limitar os abusos do Poder Judiciário poderia ser rechaçada pela opinião pública em proporção inversa à forma como esta aceita as sucessivas violações de direitos fundamentais instrumentalizadas pelo sistema de justiça.

Essa contrarrevolução jurídica, que vai ganhando cada vez mais capilaridade no Brasil, segundo Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 110), nada mais é do que uma convergência entre elites político-econômicas e judiciais que busca neutralizar, por via judicial, muitos dos avanços democráticos que foram conquistados pela via política, formando uma espécie de ativismo judicial conservador.

Trata-se, portanto, do uso da discricionariedade excessiva que se foi permitindo ao Poder Judiciário em nome da concretização de direitos fundamentais, mas que agora incorpora uma finalidade exatamente oposta: a sua supressão e o consequente esvaziamento da Constituição Federal de 1988.

Ao se permitir que o Poder Judiciário adentrasse em questões reservadas aos poderes políticos, era de se esperar que sua atuação também oscilasse de forma mais política do que jurídica, já que o magistrado deixa de se submeter ao texto constitucional para inovar em novas searas.

Não se pode esquecer que a carreira jurídica já é uma carreira elitizada, reservada a poucos especialistas, a quem incumbe manusear normas jurídicas no mais das vezes repletas de tecnicismos e artifícios rebuscados, de difícil compreensão para um cidadão comum. Esse fator facilita um entendimento tácito entre elites, de modo que o poder econômico e as minorias dominantes sintam-se cada vez mais estimulados a provocar um judiciário que, nas suas origens, comunga de visões ideológicas semelhantes e, dotado de um poder discricionário exacerbado, acaba atendendo às expectativas políticas conservadoras.

O silêncio apático daqueles que observam seus direitos fundamentais serem sistematicamente retirados ou violados deve-se, em grande parte, pela conivência do Ministério

Público, que, de representante da sociedade, passou a ocupar a função predominante de inquisidor, estimulado, sobretudo, pela mídia monopolizada, que se utiliza da espetacularização dos processos judiciais e dos temas legais para enfraquecer movimentos sociais e direitos fundamentais, já que representante justamente das elites minoritárias que detêm o poder político e financeiro no país.

Como a opinião pública é formada pela opinião publicada, muito em razão de uma defasagem na educação de base (o que se diria então de uma educação política!), mas também principalmente pela ausência de democratização da mídia, que, no Brasil, se concentra distribuída há décadas entre seletas famílias, as pautas conservadoras e supressoras de direitos fundamentais vão sendo viabilizadas repetidamente, e frequentemente pelo poder arbitrário do judiciário, sem que a sociedade se aperceba do dano causado ao Estado Democrático de Direito.

A influência da mídia, da propaganda direcionada em prol de um projeto político ou econômico, é por muitos considerada como um quarto poder, que não havia sido previsto anteriormente por Montesquieu, mas que acaba por afetar em demasia o exercício da soberania popular.

Se as instituições democráticas devem prestar contas ao povo que a elegeu, como fazê-lo sem a existência de uma mídia democratizada e de uma população politicamente educada? E como evitar, nesse contexto, a influência da mídia sobre o próprio Poder Judiciário?

Em última análise, portanto, seria possível dizer que os três poderes planejados e desenvolvidos sob a égide de um Estado Democrático de Direito estariam sucumbindo a um quarto poder outrora imprevisto, mas com muito mais poderes que todos os outros, na medida em que consegue manipular as informações que chegarão à sociedade e até mesmo insuflar comoção, ódio, movimentos de massa, que refletem invariavelmente nas decisões que virão a ser tomadas no seio dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário.

Diante desse quadro, estamos, no mínimo, diante de uma crise institucional sem precedentes em nossa tão recente democracia, que começa pela crise da separação de poderes e atinge todas as instituições essenciais a um Estado Democrático de Direito, tendo como ápice um colapso em nosso sistema de justiça.

De forma mais pessimista (ou realista?), alguns autores, como Rubens Casara (2017, p.15-16), entendem que não há mais crise porque o Estado Democrático de Direito, pelo menos no Brasil, não existe mais. Quando as sucessivas violações a direitos fundamentais tomam ares de

normalidade sob o pretexto de uma "crise", dizer que ainda existe o Estado Democrático de Direito em crise é pretender travestir a existência de um Estado de Exceção permanente. Essa ilusão (da crise) serve apenas para docilizar as pessoas a se deixarem governar por um Estado que nada mais tem de democrático, o que serve principalmente aos interesses das elites e do sistema financeiro dominantes que já monopolizam as informações através da mídia.

Ainda que seja cedo para dizer que estamos diante de uma crise insuperável, como sustenta Rubens Casara, que já nos situa em um Estado Pós-Democrático, é inegável que estamos mais próximos de um Estado de Exceção do que poderíamos ter imaginado, sob o protagonismo de um Poder Judiciário politizado, ilimitado e cada vez mais ativo.

2. O juiz imparcial como expressão do devido processo legal na garantia do Estado Democrático de Direito

Considerando a conjuntura até aqui demonstrada de uma "crise" da separação de poderes no Brasil, em que o Poder Judiciário ocupa o papel de protagonista com o seu voluntarismo demasiado, não podemos esquecer, por outro lado, que o princípio do devido processo legal, previsto nas Constituições democráticas e na Constituição brasileira, pressupõe a garantia de um juiz ou tribunal imparcial, garantia esta que vem sendo sistematicamente e inconstitucionalmente excepcionada, como demonstraremos a seguir.

O devido processo legal e a garantia de um juiz imparcial, ou da não instituição de um tribunal de exceção, devem ser compreendidos como direitos fundamentais, cuja evolução, no decorrer de séculos, ocorre de maneira umbilicalmente entrelaçada com a concepção de Estado e das Constituições, de tal modo que, na atualidade, o Estado Democrático e Social de Direito pressupõe a instituição de Constituições com rigidez na preservação dos direitos e garantias individuais e na prestação de direitos sociais[137], já avançando para uma finalidade maior, consubstanciada no direito ao desenvolvimento[138].

[137] Na concepção contemporânea dos direitos humanos, estes compõem unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais, ou seja, a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

[138] Segundo Flavia Piovesan, sob a perspectiva dos direitos humanos, o direito ao desenvolvimento compreende como relevantes princípios: a) o princípio da inclusão, igualdade e não discriminação (especial atenção deve ser dada à igualdade de gênero e às necessidades dos grupos vulneráveis); b) o princípio da accountability e da transparência; c)

Sob esse contexto, o devido processo legal é, desde o princípio, a garantia fundamental que sustenta a manutenção e possibilita a evolução dos demais direitos fundamentais, já que pressupõe uma proteção igualitária e justa contra eventuais violações ou flexibilizações e, consequentemente, garante a subsistência do Estado Democrático de Direito e a força normativa da Constituição.

Dentre suas principais premissas, o devido processo legal se apoia na garantia de um julgamento justo e imparcial, em forte contraposição aos períodos absolutistas em que processos inquisitórios ou julgamentos simulados eram efetuados já com as decisões previamente tomadas pelos tiranos da vez.

Não é por acaso, portanto, que seu fortalecimento se fez ainda mais necessário no período pós Segunda Guerra Mundial, marcado pelas lembranças traumáticas dos regimes totalitaristas em que milhares de pessoas foram condenadas à morte, prisões ou trabalhos forçados, sem direito a um tribunal imparcial ou a um tribunal independente das forças dominantes.

Eis porque tal princípio veio consagrado tanto no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948[139], como na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969[140], que estabelecem expressamente o direito de todas as pessoas de serem julgadas por um tribunal competente, independente e imparcial.

Durante todo o período seguinte, as Constituições democráticas foram reforçando o princípio do devido processo legal como essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, o que não poderia ser diferente no Brasil, que o abriga como cláusula pétrea no artigo 5º,

o princípio da participação e do empoderamento (empowerment), mediante livre, significativa e ativa participação; e d) o princípio da cooperação internacional. (PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos***.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 211.)

139 *"Artigo X - Toda pessoa tem direito,* ***em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial****, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". (grifos nossos)* - http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm (acesso em 01/10/2017)

140 *"Artigo 8º - Garantias judiciais.* ***1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei,*** *na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza". (grifos nossos)* - http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm (acesso em 01/10/2017)

inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, ao garantir que ***"****ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"****.***

Tratado como um "super princípio"[141] por boa parte da doutrina, o devido processo legal englobaria, nesse sentido, outros princípios processuais constitucionais, como o contraditório; a ampla defesa; o direito de acesso à justiça (princípio da inafastabilidade da jurisdição); o tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo; a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural; e a motivação das decisões; entre outros.

Como se vê, a pré-constituição de um órgão jurisdicional competente, ou seja, do juiz natural, no direito brasileiro, é uma garantia constitucional[142] que deriva diretamente do princípio do devido processo legal, que não pode ser relativizada nem por questões práticas de administração judiciária e muito menos por mera discricionariedade do órgão julgador, sob pena de atentar ao próprio Estado Democrático de Direito[143].

Decorre do devido processo legal e da garantia do juiz natural, portanto, o direito que todas as pessoas têm a um julgamento justo e igualitário, procedido por um juiz competente, imparcial[144], e atribuído de acordo com uma legislação previamente estabelecida, sem qualquer abertura para discricionariedades.

---

[141] Se considerarmos, portanto, o devido processo legal como um grande guarda-chuva que abarca todas as garantias processuais constitucionais, não é demasiado afirmar que referido princípio, com relação ao processo judicial, como leciona Rogério Lauria Tucci, consubstancia-se em uma real garantia da consecução de outros direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal. (CRUZ E TUCCI, José Rogério e TUCCI, Rogério Lauria. "Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo". São Paulo: Saraiva, 1989.)

[142] *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;".*

[143] "*O principio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral".* (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 6ª edição,v.21, 2000, p. 65.)

[144] Ada Pellegrini Grinover resume a garantia do juiz natural através de três afirmativas: *"(...) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja".* (GRINOVER, Ada Pellegrini, *"O Processo em Sua Unidade – II",* p. 39, item n. 6, Rio de Janeiro: Forense, 1984).

Afinal, se for permitido ao juiz escolher as ações que irá julgar, não se pode garantir às partes que seu julgamento será isento de pré-conceitos políticos, sociais, morais, ideológicos ou pessoais por parte daquele que escolheu ser seu julgador. Destarte, o que confere segurança jurídica às partes para submeterem seus conflitos à jurisdição é justamente a garantia de uma definição prévia de competência, baseada exclusivamente em critérios objetivos legais, de modo a evitar um retrocesso aos perigosos tribunais de exceção.

Pode-se dizer, inclusive, que a observância da imparcialidade[145] ou da não discricionariedade nos julgamentos é condição para se salvaguardar a dignidade da própria administração da justiça, além de constituir pressuposto de validade e regularidade da relação processual[146].

Como garantir a observância da imparcialidade nos julgamentos, porém, é um verdadeiro desafio na conjuntura atual do sistema de justiça brasileiro, em que as decisões em última instância sobre eventuais discricionariedades ficam restritas ao próprio poder que as emitiu, conforme verificaremos no estudo do instituto da declaração de suspeição mais adiante.

Alguns juristas[147] vislumbram na obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, expressamente prevista em textos constitucionais[148] (garantia constitucional, portanto), um

---

[145] Vicente Greco Filho ressalta que a *"(...) imparcialidade do Juiz é pressuposto de toda a atividade jurisdicional. A imparcialidade pode ser examinada sob um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. No aspecto objetivo, a imparcialidade se traduz na equidistância prática do juiz no desenvolvimento do processo, dando às partes igualdade de tratamento". (*GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro. VolI,* São Paulo, Saraiva, n. 3. p. 22.)

[146] *"A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente (...). A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias, prescrevem-lhe vedações e proíbem juízos e tribunais de exceção". (*GRINOVER, Ada Pelegrini. Teoria Geral do Processo, 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. *51/52.)*

[147] Antonio Scarance Fernandes é um dos juristas que vê na motivação das decisões judiciais uma forma de constrangimento de eventual imparcialidade pela própria comunidade: *"Agora, fala-se em garantia da ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento de causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa". (*FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 119.)

[148] A Constituição de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, exige a fundamentação de todas as decisões judiciais, inclusive emitidas pelos tribunais: *"Art. 93. (...) IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".*

caminho viável para a fiscalização da imparcialidade da atuação judicante e prevenção de discricionariedades voluntaristas.

Todavia, há que se considerar, em primeiro lugar, que as motivações das decisões judiciais têm sido cada vez mais sucintas e econômicas em palavras (quando não inexistentes), inclusive nos casos de prisões provisórias, o que dificulta o exercício do direito de defesa e a demonstração da parcialidade do juiz quando da interposição de recursos.

Em segundo lugar, ainda que se consiga demonstrar (via recurso ou pedido de suspeição) a existência de eventual decisão judicial indevidamente motivada em juízos de valor e elementos extra autos, a decisão final sobre a parcialidade restará ao próprio Poder Judiciário, ou ao Supremo Tribunal Federal na última instância, este que vem incentivando o ativismo judicial e o "livre convencimento" do juiz de forma patente, até mesmo pelo que se pode extrair de sua própria produção jurisprudencial.

A liberdade dos juízes e tribunais na interpretação das normas e até da Constituição, com a flexibilização reiterada de direitos fundamentais sob justificativas pragmáticas, coloca-nos sob um verdadeiro estado de exceção interpretativo, consequência de uma crise institucional que afeta a subsistência do próprio Estado Democrático de Direito.

Inevitável fica a conclusão, portanto, que o princípio do devido processo legal (do qual decorre a garantia de imparcialidade do juízo), apesar de expressamente previsto em nossa Constituição Federal, tem sido violado justamente pela instituição que deveria garantir sua aplicabilidade, e pior, sem qualquer previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma possibilidade de fiscalização ou controle externo a esse tipo de abuso, o que coloca a sociedade em permanente insegurança jurídica e diminui, se não elimina, a força normativa da nossa Constituição.

3. A declaração ou não de suspeição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e o devido processo legal

Em um Estado Constitucional, verifica-se a centralidade da Constituição dentro do ordenamento jurídico, bem como a previsão e concretização de direitos fundamentais. A

supremacia não é de quem governa ou de quem atua em determinado órgão do Estado, mas sim da Constituição, juntamente compreendida com a superioridade da lei dentro desse contexto estatal.

Ensina Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 163) que, em um Estado de Direito, aquele que exerce atividade pública está submetido a uma função. "Função, para o Direito, é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico, e que só de legitima quando dirigido ao atingimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente". Nesse sentido, conclui que o legislador, o administrador, o juiz, desempenham função: "os poderes que receberam da ordem jurídica são de exercício obrigatório e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma tem em mira".

O instituto da suspeição, previsto no Código de Processo Civil e, também, no Código de Processo Penal[149], concretiza o princípio da imparcialidade do juiz no exercício de sua função como elemento indispensável ao devido processo legal e à garantia da igualdade entre as partes no processo. Portanto, trata-se de um direito fundamental destinado a proteger o indivíduo contra uma atuação arbitrária por parte do Estado-juiz, o qual deve agir de acordo com a sua função determinada por meio da lei.[150]

As causas de suspeição não devem ser confundidas com as causas de impedimento, apesar de ambas terem como finalidade "a possibilidade do juiz se expor a tentações tais, que fossem capazes de pôr em xeque sua capacidade de resistir e manter-se imparcial" (DINAMARCO, 2009, p. 413).

Entende-se que as causas de impedimento são mais graves do que as causas de suspeição. Trata-se, nos casos de impedimento, de objeção ou matéria de ordem pública não sujeita a preclusão, enquanto que a suspeição se não arguida no momento oportuno, estará envolvida pela coisa julgada.

---

[149] No Código de Processo Penal, a declaração de suspeição é causa de nulidade absoluta do processo penal (artigo 564, I c/c artigo 572). Seu conteúdo material encontra-se disciplinado no artigo 254 do mesmo código. Não obstante, segundo explicação do Ministro Edson Fachin, na Arguição de Suspeição n.89, "as causas de suspeição e impedimento de atores processuais no âmbito do Supremo Tribunal Federal estão listadas no seu Regimento Interno, que tem status de lei". Para ele, já que existe regramento específico acerca do impedimento e suspeição, não seria possível a aplicação do Código de Processo Penal. A disposição regimental seria, seguindo precedentes da Corte, um rol taxativo, que não admite ampliação pela via interpretativa.

[150] Explica Cassio Scarpinella Bueno que: *"Imparcialidade, neste contexto, significa acentuar que o magistrado (o juiz, propriamente dito, e não o juízo, que é indicativo do órgão jurisdicional) seja indiferente em relação ao litígio. Seja no sentido comum da palavra, um terceiro, totalmente estranho, totalmente indiferente à sorte do julgamento e ao destino de todos aqueles que, direta ou indiretamente, estejam envolvidos nele"*. (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, ed.8ª, Vol.1, 2014, p.138).

Nota-se que, enquanto a suspeição tem relação com o subjetivismo do juiz, o impedimento tem caráter objetivo (interesse na causa). A presunção relativa (juris tantum) da parcialidade do juiz diz respeito aos casos de suspeição e a presunção absoluta (juris et de jure) de parcialidade do juiz diz respeito aos casos de impedimento.

No atual Código de Processo Civil, o tema da declaração de suspeição encontra-se disciplinado nos artigos 146 ao 148. As causas de suspeição, especificamente, estão previstas, em um rol taxativo (em *numerus clausus*), no artigo 145 do Código de Processo Civil, segundo o qual, há suspeição do juiz nos casos de: a) amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; b) que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; c) quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; d) interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.[151]

Os motivos de impedimento e suspeição não se aplicam somente aos juízes, mas, também, ao membro do Ministério Público, aos auxiliares de justiça e aos demais sujeitos imparciais do processo (artigo148 CPC). Em relação ao juiz, ele poderá declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões nesse caso. Contudo, será ilegítima a alegação de suspeição quando houver sido provocada por quem a alega ou, ainda, quando a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

Entende-se que se trata de um dever do juiz declarar-se impedido ou suspeito. Entretanto, a parte interessada também deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos.

Os casos de declaração de suspeição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal despertam interesse na medida em que em muitos dos casos essa declaração de suspeição,

[151] Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 deslocou a hipótese antiga de suspeição (prevista no CPC de 1973, artigo 135, inciso III), que trata do herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes, para hipótese de impedimento (artigo 144, inciso VI, do CPC/2015). Entende-se que o legislador buscou com o deslocamento fortalecer ainda mais a imparcialidade do julgador.

indispensável para a manutenção do devido processo legal, não acontece. Assim, em casos em que deveriam se declarar como suspeitos ou se reconhecerem suspeitos, não o fazem e nenhuma forma de controle é realizada.

O grande desafio é estar a declaração de suspeição relacionada há razões subjetivas do próprio julgador. Assim, o seu reconhecimento em um determinado caso concreto passa a se algo de difícil comprovação. Contudo, como foi apontado, as causas de suspeição, determinadas por meio de lei, não são tão amplas a não permitir um controle quando inequívocas as provas no processo. Data máxima vênia a autoridade do juiz de se declarar como suspeito, deve ser feito um controle a priorizar a segurança nos casos decididos pela corte a partir da sua imparcialidade.

Assim, apesar do que dispõem os Códigos de Processo Civil e o regimento interno da Corte[152], o Supremo Tribunal Federal não tem se valido do incidente para manter a imparcialidade e a confiança das pessoas em suas decisões. O que se verifica é o entendimento pacífico entre os juízes de que se trata de uma convicção subjetiva do respectivo Ministro que se deve respeitar para a própria manutenção da estabilidade institucional da Corte.

Ocorre que, por meio de um levantando recentemente feito pelo jornal "Estado de São Paulo", nenhum pedido de impedimento ou suspeição de Ministros do Supremo Tribunal Federal levado à Corte teve o seu pedido atendido em 10 anos. Diz ainda, que "todos os casos que foram rejeitados pelo Presidente do STF da época não tiveram os méritos discutidos pelo colegiado". E que, "entre 2007 e este ano, chegaram à Corte 80 arguições de impedimento e suspeição".[153]

Entre os casos de suspeição alegados contra o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, encontra-se o pedido feito pelo Procurador-Geral da República contra a sua atuação no caso do *habeas corpus* apresentado pela defesa do empresário Eike Batista, preso pela Operação Eficiência. Sustenta a declaração de suspeição em razão de sua mulher, Guiomar Mendes, integrar o escritório de advocacia que prestaria serviços a Eike Batista. Contudo, nesse caso, o Ministro esclarece que à época, o *habeas corpus* não tinha o escritório como impetrante.

---

[152] A suspeição será arguida perante o Presidente, ou o Vice-Presidente, se aquele for o recusado. A arguição de suspeição, caso admitida, nos termos do artigo 282 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, deverá ser dirigida ao Presidente do Supremo Tribunal Federal que, caso a admita, ouvirá o Ministro recusado e, a seguir, inquirirá as testemunhas indicadas, submetendo o incidente ao Tribunal em sessão secreta.

[153] Acessível no site: http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-rejeita-80-pedidos-de-suspeicao-em-10-anos,70001952791.

Por outro lado, em uma situação parecida, o Ministro Marco Aurélio se declarou impedido de atuar em casos envolvendo o escritório do advogado Sergio Bermudes, com a justificativa, enviada por ofício à Presidente da Corte, Cármen Lúcia, onde afirma guardar parentesco sanguíneo de terceiro grau, relação de tio e sobrinha, com funcionária do escritório. Ainda, explica que o impedimento se aplica inclusive a processos em que envolvam cliente do referido escritório de advocacia.

Em ambos os casos, a questão central envolve uma relação de intimidade, mas com decisões completamente contrárias. Por que em uma delas houve a declaração de suspeição e na outra não? A hipótese é dotada de subjetividade ao ponto de ficar o juiz livremente no poder para decidir-se diante do caso concreto? O fato da esposa trabalhar no escritório de uma das partes é tão diferente de ter uma sobrinha trabalhando no escritório de uma das partes? Não seria de responsabilidade do órgão colegiado estabelecer parâmetros comuns a serem utilizados por todos eles. Entender o contrário, significa reconhecer o caráter fragmentário da Corte Constitucional Brasileira.

Ainda, são quatro os pedidos feitos pela Procuradoria-Geral da República para que o Ministro não atue, também, nos Habeas Corpus relacionados ao empresário Jacob Barata Filho, investigado em desdobramentos da Lava Jato, no Rio de Janeiro. Isso porque aponta-se que Gilmar Mendes foi padrinho de casamento da filha do empresário. Entre os fundamentos utilizados, considera-se que "os vínculos são atuais, ultrapassam a barreira dos laços superficiais de cordialidade e atingem relação íntima de amizade".

Um outro caso, foi o pedido de suspeição feito pelo Procurador-Geral da República nos casos da operação Ponto Final, que apura esquemas de corrupção no Rio. Nesse caso, sustenta-se que o Ministro Gilmar Mendes e sua esposa possuem laços estreitos com a família de Barata Filho, já que foram padrinhos de casamento da filha do empresário, além do escritório em que Guiomar Trabalha ter defendido interesses dos investigados na operação. O Ministro nega ter sido padrinho do casamento e afirma que apenas acompanhou sua mulher na cerimônia, já que o noivo é sobrinho dela.

O Ministro Gilmar Mendes, porém, apesar de ser o Ministro com a maior quantidade de pedidos de declaração de suspeição (dezesseis pedidos), não é o único da Corte que acumula um número considerável de pedidos. Dentre os demais ministros, destacamos o Ministro José

Antônio Dias Toffoli, que já acumula treze pedidos de declaração de suspeição, seguido pelo Ministro Marco Aurélio, com doze pedidos, e pelo Ministro Ricardo Lewandowski, com dez pedidos.

Sobre o Ministro Dias Toffoli, no caso do julgamento do mensalão, que tinha como um de seus réus José Dirceu, de quem foi subordinado entre 2003 e 2005, quando trabalhava na subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Nesse caso, é preciso analisar se o fato de terem trabalhado juntos implicaria a imediata declaração de suspeição ou até, impedimento. Precisaria se comprovar se dessa relação profissional decorreria uma amizade íntima ou, até mesmo, de inimigo capital. Na ocasião, o Ministro não se declarou suspeito.

Outro caso de declaração de suspeição ligado ao Ministro, ocorreu em 2011, quando sua atuação foi questionada no caso João Capiberibe, em disputa sobre o registro da candidatura do Senador pelo Amapá. Na oportunidade, Toffoli justificou a não declaração de suspeição por não entender ser amigo íntimo de Capiberibe.

Ainda, em outros casos, como nos processos que envolveram as decisões sobre o reconhecimento da união homoafetiva, a aprovação das cotas raciais nas universidades do Brasil e a descriminalização da interrupção da gravidez nas hipóteses de feto anencéfalo, os pedidos de declaração de suspeição foram apresentados em relação ao Ministro, sob o argumento dele já ter se manifestado sobre os temas enquanto era Advogado-Geral da União. A grande questão é que, diferentemente, dos casos anteriores, os temas aqui apontados estavam sendo decididos por meio de processo objetivo, onde o juízo a ser proferido diz respeito a manutenção da supremacia da Constituição. Assim, diferente do que ocorre em uma ação penal, onde o processo é subjetivo.

O que desafia esses casos de declaração de suspeição é ela se tratar de uma decisão de foro íntimo. Isso leva a lembrança de Lenio Streck (2015), em obra intitulada "O que é isto – decido conforme à consciência?", da distinção entre decisão jurídica e escolha política.

Assim, qual seria o limite de intervenção pela Presidência do Supremo Tribunal Federal para não limitar a atuação dos Ministros e, ao mesmo tempo, manter a imparcialidade e a manutenção da segurança nas decisões proferidas pela Corte?

Interessante notar que as justificativas para a rejeição dos impedimentos pela presidência do Supremo Tribunal Federal variam entre questões formais e materiais. As questões formais são aquelas que dizem respeito aos aspectos procedimentais necessários para a declaração,

como, por exemplo, a tempestividade da arguição de suspeição e a capacidade processual para a realização do pedido. Já as questões materiais, são aquelas que dizem respeito ao conteúdo apontado pelo Código de Processo Civil como motivadoras dos casos de suspeição, sendo elas as apontadas no artigo 145 do Código de Processo Civil.

O reconhecimento do caráter subjetivo das hipóteses de suspeição, no sentido de permitir que o juiz se decida a partir de um juízo de foro íntimo, parece decorrer de uma leitura bastante ampla de normas que pretendem assegurar uma finalidade maior que é a garantia da imparcialidade do juiz. Entende-se que as balizas norteadoras do reconhecimento dos casos de declaração de suspeição estão na própria interpretação das normas que indicam quando a imparcialidade do juiz pode estar em risco.

Como já foi apontado, o constitucionalismo principialista tem aplicado o direito de uma forma onde identifica-se um poder extremamente criativo do juiz, sob o fundamento do reconhecimento de aspectos ligados à justiça. O que se defende aqui, pelo contrário, é uma leitura normativista e garantista das normas como a única forma de garantir força normativa e segurança jurídica. Dessa forma, é preciso respeitar os limites apresentados pelo texto, respeitando o sentido de suas palavras.

Eis, afinal, a importância dos impedimentos previstos para a manutenção da imparcialidade do juiz como forma, inclusive, de garantir segurança jurídica a partir de um devido processo legal.

4. Interpretação: instrumento de poder da função jurisdicional?

A imparcialidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que se pretende alcançar, entre outras formas, por meio da arguição de suspeição, não deve ser confundida com a sua neutralidade.

Já foi apontado que por imparcialidade entende-se a indiferença que o juiz deve ter em relação às partes no processo. O que se busca por meio da imparcialidade é afastar a existência de relações entre quem está julgando e quem está sendo julgado para que o ato de julgar não seja comprometido. Já a neutralidade, também é indiferença, mas em relação à uma influência de caráter subjetivo ou ideológico.

A interpretação jurídica deve ser compreendida como a atividade intelectual exercida por um sujeito para alcançar o sentido de uma determinada norma jurídica. Um dos desafios da atividade interpretativa é o estudo sobre a figura do "intérprete". Isso porque, ao interpretar, é possível alcançar a neutralidade apontada acima?

A imparcialidade dos juízes, como já analisada, busca-se por meio da previsão de situações que se poderia impedir de acontecer. Mas, e a neutralidade de quem julga?

Gadamer já apontava a dificuldade dessa neutralidade a partir da necessidade de estudar a interpretação a partir da pré-compreensão do intérprete. Nas palavras de Eros Roberto Grau (2005, p. 108), ele explica que para Gadamer, "toda interpretação correta tem de proteger-se contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar e orientar seu mirar à coisa mesma".

Em estudo de Mauro Capelletti (1989, p. 11), o autor expressa sua preocupação com o tema que intitula o seu livro: Juízes Irresponsáveis? Escreve sobre o controle interno da categoria que foi suprimido em larga medida e, também, sobre o controle-sanção exercido por parte do Conselho Superior da Magistratura que teria se tornado lento e esporádico. Para ele, assim como para Comoglio e Trocker, historicamente os sistemas de controle têm dado resultado negativo. Em suas palavras, "tais sistemas são característicos das magistraturas de tipo 'corporativo', fechadas e hierárquicas, e não do tipo *responsive*, ou seja, abertas e sensíveis às pressões da comunidade".

Assim, há uma preocupação quanto à responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e sua função de julgar de modo imparcial. Os casos de declaração de suspeição levam exatamente ao questionamento sobre a posição assumida pelos juízes nos processos de suas respectivas competências. E, de que forma a interpretação pode se tornar um instrumento poderoso em sua atuação?

O modelo interpretativo que se adotou após a Segunda Guerra Mundial, denominado por Luigi Ferrajoli (2010, p. 21-23) como "constitucionalismo principialista e/ou argumentativo", tem garantido aos juízes um papel de destaque na determinação do direito. Trata-se de um modelo pautado pela aproximação entre o direito e a moral, na diferenciação das normas entre regras e princípios e, também, na consequente utilização da técnica da ponderação nos casos de conflito entre as normas do tipo princípio. Ainda, decorrente dessas características, destaca-se o papel da argumentação jurídica, que será indispensável para apontar a norma a ser aplicada.

Lugi Ferrojoli (2010, p. 24-28) não é adepto desse constitucionalismo principialista e/ou argumentativo, mas defensor de um constitucionalismo normativo e/ou garantista, que busca a normatividade forte para ele perdida com o modelo anterior. O autor explica que se trata de um jus-positivismo reforçado, já que complementa o positivismo jurídico por meio da positivação não apenas do "ser", mas também do "dever ser" do direito. Nesse sentido, o papel da jurisdição seria apenas o de remoção das antinomias e o de apontar as lacunas existentes.

O que se verifica é que muitas vezes a aplicação do direito decorre de um ato volitivo do juiz. E isso, desde Hans Kelsen (2000, p. 387-397), a partir do positivismo jurídico, quando na busca do conhecimento científico da norma, identificou que o processo de aplicação do direito corresponderia a dois momentos distintos. Um primeiro, científico, de determinação dos sentidos possíveis de uma norma (formação da moldura); e, um segundo, a partir da escolha da norma a ser aplicada pelo juiz, a qual envolveria um ato de vontade, já que qualquer delas seria uma aplicação válida da norma jurídica interpretada.

O que se verifica é que sempre se tentou controlar a atividade do juiz, seja pelo método de subsunção, seja hoje por meio da argumentação jurídica. André Rufino do Vale atenta para o fato principal a ser enfrentado que "não está tanto mais em saber *que* poder tem os Tribunais Constitucionais, mas *como* e em *que medida* eles exercem esse poder" (2007, p. 99). Portanto, uma preocupação sobre a legitimação das próprias práticas institucionais.

Também, nesse sentido, ensina Lenio Streck (2017, p. 105), a partir do movimento Crítica Hermenêutica do Direito, que se deve preocupar com "o modo como se julga, e não apenas com o modo de justificação do que foi dito pelo juízo". O modo como se julga reflete, entre outros aspectos, no estudo da figura do juiz que, ao tomar uma decisão, deve assegurar valores garantidos constitucionalmente de um devido processo.

A imparcialidade que se pretende proporcionar por meio da declaração de suspeição, exige do juiz um ato de responsabilidade que não pode ser entregue a sua subjetividade. Ainda mais, nos casos de suspeição, é que se deve prever e fazer uso de mecanismos de controle que ultrapasse o juízo único do juiz suspeito.

Além disso, entregar a aplicação de qualquer norma à atividade subjetiva do juiz parece uma escolha perigosa. Não se quer afirmar que a declaração de suspeição não deva se pautar pelo foro íntimo de cada juiz, mas, sim, que esse poder de convicção dado a ele deva ser

compreendido como um dever de se declarar suspeito. Até porque as situações apontadas pela lei como causas de suspeição não são se valem de uma linguagem tão aberta como se têm apontado.

5. Conclusões

Conclui-se que, a partir do devido processo legal, a imparcialidade é indispensável para a manutenção de um Estado Constitucional, já que os poderes precisam atuar com harmonia e independência, sem, contudo, fugir dos limites impostos pela lei (sentido amplo).

Verifica-se que o papel do Judiciário nem sempre foi a posição de destaque que ele assume hoje. Justifica-se, entre outros motivos, pelo caráter democrático das Constituições do pós Segunda Guerra Mundial e pelo modelo diferente de interpretar a Constituição, estabelecido a partir das críticas do modelo interpretativo que se tinha até então.

A partir de uma crise institucional vivenciada pelos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário assume uma posição de protagonista que tem sido repensada.

Um dos aspectos que chama atenção encontra-se no dever dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se declararem suspeitos, quando assim for o caso. O presente artigo demonstrou a quantidade considerável de pedidos de declaração de suspeição que não tiveram os seus méritos analisados pelo plenário e alguns exemplos de pedidos recentes de declaração de suspeição que deveriam, mas não foram atendidos.

Com isso, há uma insuficiência na forma prevista constitucionalmente para realizar o controle de declaração de suspeição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, já que ele não se efetiva. A declaração de suspeição permite garantir um juiz imparcial, que não se coloca em situações de tentações tais que sejam capazes de pôr em xeque sua capacidade de resistir e manter-se imparcial.

Contudo, entregar o dever de declaração de suspeição do juiz a sua subjetividade parece perigoso, como os casos apontam. O constitucionalismo principialista, ao aproximar direito e moral, ainda que com objetivos justos, indica que, também, tem sido fonte de um aumento da função jurisdicional que extrapola os limites existentes.

Sugere-se a necessidade de uma leitura de um constitucionalismo garantista, onde se volte a reafirmar a força normativa da lei, sem se permitir uma atuação criativa por parte do juiz. A subjetividade do juiz não pode dar a palavra final em um Estado Constitucional. Há mecanismos de controle previstos por meio da lei (Código de Processo Civil e Regimento interno do Supremo Tribunal Federal), mas que não se efetivam sob fundamento desse poder subjetivo do juiz.

Veja-se que reconhecer a subjetividade a um poder absoluto de decisão por parte do juiz pode ser perigoso para a sociedade e para o próprio direito ao não conseguir garantir segurança jurídica por meio das suas normas. Ainda que se reconheça a possibilidade de um juízo de foro íntimo, dado que o direito não pode prever de antemão todas as hipóteses ensejadoras de suspeição, precisa-se buscar formas de controlá-lo, em nome do modelo constitucional de Estado existente.

Nesse sentido, o papel exercido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e pelo Plenário são indispensáveis para a manutenção dos valores constitucionalmente assegurados, mas isso exigiria da Presidência da Corte uma postura firme para definir parâmetros, objetivos e subjetivos, que sejam obedecidos por todos. Acredita-se que só assim seria possível reduzir a "livre convicção do juiz".

Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução.* São Paulo: Companhia das Letras, 2011;

BENJAMIN, Walter. Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos. Seleção e apresentação Wille Bolle. Tradução Celeste H. M. Ribeiro de Sousa et. al. São Paulo: Cultrix; Editora da Universidade de São Paulo, 1986;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988;

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, ed.8ª, Vol.1, 2014;

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989;

CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós Democrático: Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017;

CRUZ E TUCCI, José Rogério e TUCCI, Rogério Lauria. *"Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo".* São Paulo: Saraiva, 1989;

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009, 6ª ed.;

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2002;

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

_____. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. In: Um debate sobre el constitucionalismo. Madrid: Marcial Pons, 2010, 1ª ed.;

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2005, 3ª ed.;

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro. ValI,* São Paulo, Saraiva, n. 3;

GRINOVER, Ada Pelegrini. Teoria Geral do Processo, 20'Ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

_____. *"O Processo em Sua Unidade – II",* p. 39, item n. 6, Rio de Janeiro: Forense, 1984;

Jornal "Estado de São Paulo". Disponível em: http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-rejeita-80-pedidos-de-suspeicao-em-10-anos,70001952791;

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do Espírito das Leis – in Coleção Os Pensadores - Montesquieu. São Paulo, Abril Cultural, 1973;

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 6ª edição,v.21, 2000;

Pacto de San José da Costa Rica, 1969. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos***.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24ª ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2005;

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e jurisdição – Diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017;

_____. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.* 2ª ed. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2016;

_____. O que é isto – decido conforme à consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 5ª ed.;

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2003;

VALE, André Rufino do. Argumentação Jurídica e Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck.

Coordenadores: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2007, 1ª ed.

OCUPAÇÕES NO CENTRO DE SÃO PAULO: NOVAS LEGITIMIDADES NA LUTA POR MORADIA

OCCUPATIONS IN SÃO PAULO CITY CENTER: NEW LEGITIMACIES IN THE FIGHT FOR HOUSING

Altivo Ovando Júnior[154]

Resumo:

As políticas públicas de moradia tem se mostrado, ao longo dos anos, ineficaz para fazer frente à demanda, injusta em relação aos direitos previstos na legislação e no sentido humano, incorreta e insensata do ponto de vista urbano, mas profícua aos interesses do mercado imobiliário e do poder político constituído. As cidades braileiras padecem dessa resultante de valores. Nos grandes centros urbanos há uma das mariores contradições desse sistema: milhares de pessoas sem lar e, de outro lado – ou muitas vezes ao seu lado – dezenas de imóveis construídos e aptos ao uso, mas abandonados por seus proprietários, fechados, sem qualquer uso, apodrecendo, e contruibuindo para o apodrecimento social urbano.

Palavras-Chave: moradia, direitos sociais, favelização, torre de vidro, ocupações.

Abstract:

Public housing policies have been ineffective over the years to meet the demand, unjust in relation to the rights provided for in the legislation and in the human sense, incorrect and senseless from the urban point of view, but profitable to the interests of the real estate market and constituted political power. The Brazilian cities suffer from this resultant of values. In the great urban centers

[154] Doutorando do Programa Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades/USP.Pesquisador do Diversitas. Arquiteto e Advogado. Atuante na área do Direito Urbanístico. Mestre pela USP. Contato: altivo.vivo@gmail.com

2 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001." (Portaria CAPES nº 206/2018)

there is one of the contradictions of this system: thousands of homeless people and, on the other hand - or often by their side - dozens of buildings built and fit for use, but abandoned by their owners, closed, without any use , rotting, and constructing for urban social decay.

Keywords: housing, social rights, favela, glass tower, occupations.

Foto: Portal IMGUOL. Disponível em: <http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/8a/2017/09/30/ocupacao-do-mtst-povo-sem-medo-em-sao-bernardo-1506783478869_615x300.png>. Acesso em: 5jan2018.

Foto: Ricardo Stuckert. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/wp-content/uploads/2017/09/20170917-ocupacao-sao-bernardo_ricardo-stuckert-600x336.jpg>. Acesso em: 5 jan 2018.

Vista do Largo do Paissandu com o prédio Wilton Paes de Almeida ao fundo.

Foto: Sérvio Neves/Estadão - 08/07/2009 . Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,predio-que-desabou-em-sao-paulo-era-importante-exemplar-modernista,70002291095>. Acesso em: 16 jun 2018

O edifício Wilton Paes de Almeida em 2016. Disponível em: <http://www.saopauloantiga.com.br/wp-content/uploads/2018/05/edificiowiltonpaesdealmeida.jpg>. Acesso em: 16 jun 2018.

Foto: BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/>. Acesso em: 16jun2018

1. Introdução

Essas imagens recentes mostram a contradição urbana presente nas grandes cidades. Podem-se ver as centenas de barracas improvisadas no terreno privado ocupado pelo movimento de luta por moradia, espremidas de um lado por uma grande indústria automotiva e, de outro, um conjunto de altos e luxuosos edifícios residenciais. E ao fundo, que soaria até como uma ironia, a presença de denso conjunto de árvores preservado. No horizonte, a metrópole espraiada.

Nas fotografias do lamentável incêndio, ocorrido em 1º de maio de 2018, as contradições urbanas se acentuam ainda mais, pois trata-se de um edifício histórico na cidade, tombado em 1992, que traz simbologia do momento vivenciado na arquitetura brasileira na década de 60, e até mesmo pelo crescimento da indústria daquele período. O edifício Wilton Paes de Almeida, projetado por Roger Zmekhol, foi o primeiro a ter sua fachada toda envidraçada, com lâminas de vidro ray-ban trazidas da Bélgica e placas de mármore importadas da Grécia. Sua arquitetura, tanto externa como interna, era de alta qualidade projetual, avançadíssima para a época, bem como sua estrutura metálica.

Construído pela empresa multinacional de vidros Companhia Comercial de Vidros do Brasil (CVB), foi erguido para sediar a empresa e outras que pretendiam ter visibilidade como empresas modernas e arrojadas. Atendeu a essa finalidade por muitos anos, até que em 1977 foi adquirido pela Caixa Econômica Federal como pagamento de dívidas vencidas e não quitadas. Sediou uma agência da CEF, uma do INSS e mais tarde usado pela Polícia Federal, até que foi desocupado, colocado à venda pela União, não encontrou nenhum interessado e teve suas condições se deteriorando gradativamente. Foi a partir desse momento que ele começou a ruir.

Sem uso algum e em franca degradação, acabou ocupado por famílias sem moradia. Esse pesquisador esteve no prédio no segundo semestre de 2017 e testemunhou as precaríssimas condições em que moravam aquelas pessoas, com fiação elétrica exposta e desencapada, tapumes de madeirite separando as 'células habitacionais', água escorrendo pelas escadas, manchas de infiltração em todos os cantos. Enfim, a situação era periclitante e perigosa.

As ocupações que ocorrem na cidade de São Paulo são parte de uma estratégia de ação do movimento de moradia. A expressão 'movimento de moradia' ganhou amplitude em seu sentido, significando atualmente a congregação de várias frentes de luta pelo direito à moradia. É preciso no entanto apontar para a existência de diferentes visões advindas de grupos que tem fundamentação teórica específicas que resultam em práticas distintas. Assim, ao utilizar nesse *paper* a expressão 'movimento de moradia', não se está de forma alguma deixando de se ater às diferentes visões de cada agrupamento, mas apenas aglutinando num só termo essa ampla luta social que visa garantir o acesso ao direito de morar. As conjecturas especificas dos vários agrupamentos são tratadas em outro texto. Feita essa necessária observação, passa-se à questão central. Esse objeto é a propriedade e a finalidade social do bem imóvel.

Os dois episódios recentes apontados no início demonstram bem a necessidade imperiosa de implementação de política pública de moradia popular: a Ocupação Povo Sem Medo, em São Bernardo do Campo, organizado pelo MTST e cujo imóvel objeto da ocupação foi um grande terreno vazio à espera de valorização; e o Edifício Wilton Paes de Almeida, conhecido como Torre de Vidro que ruiu no incêndio devastador, empilhando no chão seus 24 andares após uma hora e meio de fogo, matando inúmeras pessoas inocentes.

Ambos os imóveis estavam sem uso há anos e foram ocupados por movimentos de moradia com estratégias diferentes. No primeiro – São Bernardo -, a ocupação foi uma estratégia de luta utilizada pelo MTST para conseguir abrir canais de diálogo com o Poder público a fim de que fossem atendidas as reivindicações de construção de moradias populares para os seus ocupantes, estratégia que até momento foi exitosa, pois houve o compromisso do Governo do Estado de repassar ao Movimento quatro terrenos na região do ABC para edificar tais moradias.

No caso do edifício do Largo do Paissandu, a situação era outra. Os ocupantes não o fizeram como uma forma de luta, como uma estratégia para obtenção do direito de moradia. Ocuparam para efetivamente morar no prédio, ainda que provisoriamente. Tanto é que permaneceram por longo tempo e lá ficariam com a esperança de que fosse encontrada uma solução decente para eles, talvez no próprio edifício.

Há notícias de que a Prefeitura de São Paulo tinha obtido a posse temporária do prédio, que pertence à União, justamente para realizar estudos visando a sua transformação em moradias populares. Mas isso não avançou e os moradores lá permaneceram, mesmo correndo sérios riscos de serem vitimados por alguma tragédia – como de fato veio a ocorrer – dada às precaríssimas condições do edifício. Além do desgaste natural da construção, a total falta de manutenção contribuiu decididamente para a ocorrência da tragédia. Apontou-se inclusive que a técnica mista de concreto armado com estrutura metálica sem a devida proteção – comum à época da construção, anos 60 -, foi fator determinante para a queda do edifício após apenas uma hora e meia de fogo. Para efeito de comparação, em outros dois incêndios de grandes proporções em São Paulo, a estrutura apenas de concreto armado resistiu ao fogo e não ruiu: o Edifício Andraus em 1972 queimou durante quatro horas; o Edifício Joelma, em 1974, ardeu durante seis horas e permaneceu sólido, embora todo queimado. Mas não é possível atribuir à essa questão a queda do prédio. A causa da queda é o descaso do poder público. Havia laudo feito dois anos antes indicando a necessidade de interdição do prédio, mas inquérito aberto pelo Ministério Público Estadual foi arquivado pelo próprio órgão ministerial, sem qualquer explicação plausível. Ninguém agiu, e um prédio histórico desabou vitimando inocentes.

O fato principal é a ausência total de política pública de moradia popular no Brasil. Muito embora esforços tenham sido feitos pelos setores afeitos à questão, que culminaram com a

aprovação de leis importantes que poderiam ser instrumentos eficazes, muito pouco ou quase nada se efetivou nos últimos anos.

O conjunto normativo brasileiro acerca do assunto é amplo e avançado, a começar pela Constituição Federal. Promulgada em 1988, incluiu Capítulo especial sobre Política Urbana e, nos artigos 182 e 183, apontou o norte que deveria ser seguido e regulamentado por leis infraconstitucionais.

Foi o que ocorreu com a edição do Estatuto das Cidades – Lei 10.257 - , em 2001. Nela estão previstos os eixos a serem implementados por Estados e Municípios visando a implantação de políticas públicas urbanas. O artigo 2º dessa lei indica as diretrizes gerais para ordenar o pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana (nos termos do artigo 182 da Constituição Federal), e proíbe práticas impeditivas ao alcance desses princípios, dentre as quais 'a retenção especulativa de imóvel urbano que resulte na sua subutilização ou não utilização' (alínea e do inciso VI).

Nos artigos 4, 5 e 7, estão os instrumentos jurídicos e tributários a serem utilizados para tornar efetiva a aplicação da lei. Destaco aqui a aplicação do IPTU progressivo no tempo. É o aumento da alíquota anual do IPTU ao imóvel que estiver sem uso ou subutilizado, seja ele terreno vago ou edificado.

Esse instrumento é importante contra a especulação de imóveis urbanos. Casando-se isso com a obrigatoriedade constitucional de dar destinação social a esses bens, a sobrecarga no imposto sobre imóvel sem uso viria forçar o proprietário a dar alguma destinação, ou o imposto iria subindo até que, após cinco anos, o imóvel pudesse ser desapropriado com o pagamento feito em títulos da dívida pública, ou seja, o dono não veria a cor do dinheiro tão cedo e perderia seu bem.

No Capítulo da Ordem Econômica da CF, fica estipulado no artigo 170, também como Princípio constitucional, que:

> *"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

II- propriedade privada;

III- função social da propriedade;"

Além do destaque para o cunho essencialmente privatista da Carta Magna, merece realce o fato de constar sempre, lado a lado, a garantia da existência da propriedade privada e da livre iniciativa com garantia de direitos sociais como o trabalho e a função social da propriedade. Isso se deve ao momento em que foi elaborada a Constituição.

O Brasil vinha de 21 anos de regime ditatorial e, na esteira da luta popular pelas eleições diretas ('Movimento Diretas-Já') , do Movimento Contra a Carestia, da luta pela Anistia, a Assembleia Nacional Constituinte se instalou na legislatura do Congresso Nacional eleita em 1986 e promulgou a Carta Magna em 1988, chamada pelo Deputado Ulysses Guimarães, que conduziu sua elaboração como Presidente do Congresso Nacional, de 'Constituição Cidadã'.

De fato foi exitosa a inclusão de inúmeras garantias sociais no texto constitucional. E essas conquistas se devem especialmente à participação de notórias figuras políticas que integraram a Assembleia Nacional Constituinte, como o Professor Florestan Fernandes, José Genuíno, Vladimir Palmeira, Benedita da Silva e Gumercindo Milhomem (PT), Roberto Freire (PCB), Haroldo Lima (PCdoB) e alguns outros. As bancadas de esquerda e centro esquerda eram lideradas pelo Senador Mário Covas, que conseguiu aglutinar expressivo número de parlamentares em defesa das causas sociais. Ocorreu, porém, que as demais bancadas conservadoras se uniram no bloco autointitulado de 'Centrão' e passaram a obter vitórias em momentos chave da Assembleia, como se deu nas votações para mudança no Regimento Interno.

Na avaliação de Freitas, o resultado final da Assembleia Constituinte foi decisivamente influenciado pelo Regimento que estruturou os trabalhos e não tanto pela agregação das preferências individuais dos constituintes. (FREITAS *et al*, 2009, p. 3). Isso teve forte impacto na elaboração do projeto final que foi à votação em Plenário, pois era nas Comissões temáticas que as propostas saíam formatadas. E foi justamente na composição e na forma de votação das comissões temáticas que o Centrão impôs derrota expressiva contra as alterações regimentais que

o bloco progressista propunha, e que resultaria noutro tipo de negociação para aprovação dos artigos para o texto final.

Na verdade as mudanças regimentais postas em curso pelo bloco conservador anulava a maioria que os progressistas conseguiram formar na composição das comissões temáticas. Nas comissões saíam propostas mais alinhadas ao desejo popular, mas no plenário os conservadores conseguiam alterar a substância das propostas com votações de destaques em separado, o que comprometia o conteúdo das propostas. E isso prevaleceu e resultou nesse texto atual que, além de longo para uma Carta Constitucional, é recheado de contradições e antagonismos. Na dúvida, os constituintes colocavam no texto final que aquele assunto deveria ser regulamentado por lei infraconstitucional. Até hoje há inúmeros assuntos ainda não regulamentados, abrindo um vácuo legislativo pelo qual adentram as contradições e interpretações mais diversas e estapafúrdias pelo Poder Judiciário, cujos resultados são quase sempre em desfavor das classes oprimidas.

Há inúmeros exemplos dessa prática de jogar para frente, para leis infraconstitucionais matérias de grande importância para o país, mas que, por falta de consenso ou por estratégia dos conservadores diante de possíveis derrotas, lançaram mão desse expediente, retardando a adoção de avanços para a população.

A mais latente das contradições presentes na Constituição Federal, ao menos para a questão habitacional, é a presença simultânea da garantia ao direito absoluto de propriedade e da obrigação de dar à propriedade uma função social.

Está no artigo 5º:

- *inciso XXII – é garantido o direito de propriedade;*

- *inciso XXIII – a propriedade atenderá sua função social;*

No Capítulo da Ordem Econômica lá estão presentes novamente esses dois princípios, Lê-se caput do artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre

iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- *inciso II – propriedade privada;*

- *inciso III – função social da propriedade;*

E por fim o artigo 182, capítulo da Política Urbana, determina que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. São os contrassensos presentes na Carta Constitucional frutos dos consensos parlamentares na sua elaboração. Esquerda e direita trocando afagos legislativos.

2. Função social da propriedade

Para León Duguit não existia o Estado como instituição, mas apenas governantes que exercem o poder e impõem suas vontades aos governados, por meio da força. A soberania, tão cantada em verso e prosa pelos políticos atuais, inclusive da terra Brasilis, seria nada mais do que uma ideia metafísica, sem qualquer correspondência com a realidade. Os governantes devem governar com base na realidade e exercer seu poder de comando, dentro do regramento jurídico positivado, ou seja, seguindo as normas estabelecidas em lei. A norma é anterior e superior ao governante, e se impõe a todos, governantes e governados.

Em contraposição ao individualismo presente no pensamento reinante do Direito até então, Duguit traz a noção da finalidade social do Direito, em conjunção com as obrigações atinentes a cada homem por viver em sociedade. Aplicando-se o conceito ao tema abordado, poder-se-ia concluir que a função social da propriedade justificaria sem hesitação a adoção por parte do Estado de medidas severas contra o 'não uso' da propriedade pelos seus titulares. Esse 'não uso' se materializa na existência de dezenas de prédios no centro da maior metrópole sul americana fechados, abandonados pelos seus donos, apodrecendo e sem o recolhimento dos impostos devidos, à mercê de sabe-se lá o quê.

Miguel Reale discorre que para Duguit "o Estado, ou mais precisamente o Governo, seria apenas uma ordenação de serviços para apreender a vontade popular, traduzindo-a em regras destinadas à defesa da comunidade". (REALE, 1965, p. 394)

Bessone (1996, p.30) transcreve interessante frase de Duguit acerca do chamado direito absoluto sobre a propriedade:

> *A expressão constante do Código Civil francês de que a propriedade era o direito de usar, gozar e dispor da coisa da forma mais absoluta já não encontrava correspondência em leis posteriores da própria França. Os princípios inscritos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dentre os quais está o que afirma o caráter sagrado e inviolável da propriedade, já se acham abalados.*

De fato o exercício desses direitos, de usar, gozar e dispor do bem ao bel prazer do proprietário, dá à propriedade caráter de direito absoluto, não importando qualquer efeito sobre os interesses maiores da sociedade. Mas isso contraria não apenas a ideia do direito como um liame entre a norma e o desejo social, mas também confronta a própria lei escrita que obriga dar destinação social à propriedade privada. Destinação social evidente seria o Estado impor aos proprietários desses imóveis fechados que os destinassem a algum uso ao invés de permanecerem como esqueletos de concreto armado sem alma e sem uso.

Outro autor de grande importância sociologia do Direito é Niklas Luhmann. Falecido em 1998 em seu país, Alemanha, Luhmann desenvolveu sua 'teoria dos sistemas autorreferenciais e autopoiéticos'.

Para ele o enunciado proferido não faz parte do conjunto de enunciados de quem o profere, pois no Direito há fortes influências do ambiente onde ele está inserido.

> *"O Direito passa a ter como escopo não a Justiça, mas a redução da complexidade e da contingência a partir das expectativas normativas. É como um sistema imunológico da sociedade, e a legislação são os anticorpos." (BARCELLOS, 2011)*

Partindo da ideia do Direito natural, ele entende ser possível reconhecer três premissas comuns à sociologia do direito natural: o direito como estrutura normativa da sociedade, um conjunto fático de vida e de ação; direito e sociedade são duas variáveis dependentes entre si; sob tais condições podem ser estabelecidas hipóteses sobre a relação entre direito e sociedade, as quais são empiricamente controláveis e verificáveis através da observação da correlação, em suas variações.

No decorrer do século passado 'novos direitos' foram se consolidando no cenário da normatização legal e extra legal. Os chamados 'sistemas plurais não oficiais' passaram a conviver com o sistema jurídico estatal. Assim, a base positivada do Direito – seu conjunto normativo – acabou tendo que coexistir com lutas sociais que nem sempre contavam com apoio nas normas positivadas. A consistência em termos de Justiça no sentido mais amplo desse conceito fez com que ambos os sistemas jurídicos – oficial e extraoficial – coexistissem formando o pluralismo jurídico que se tem hoje.

Artigo de Luciana Cristina de Souza, publicado na Revista Sociologia Jurídica, confirma bem essa noção: (SOUZA, 2006)

> *Há uma coexistência entre os sistemas distintos de Direito. Existem diversos grupos da sociedade construindo o Direito no seu dia a dia que, ao final, terminam por interferir uns nos outros, bem como na dinâmica do direito positivo do Estado, tais como os movimentos sociais – Movimento dos Sem Terra (MST), Movimento Pró-moradia – e os grupos minoritários – homossexuais, portadores de necessidades especiais, portadores do vírus HIV.*

Como é o objeto do presente estudo, vale ressaltar que a luta do movimento social por moradia é jurídica, mas é também – e essencialmente - política. A estratégia de ocupar imóveis vagos joga luz no problema da carência habitacional e o coloca na grande mídia. E traz consigo, também, o questionamento sobre as políticas públicas urbanas adotadas pelos regimes liberais que governaram o país desde a fundação da República. Embora um ou outro programa habitacional possa ter trazido em seu bojo aspectos sociais de maior apelo, no fundo tais políticas sempre se

basearam em financiamento estatal para a iniciativa privada construir habitação destinada à venda no mercado imobiliário formal. Nunca houve rompimento dessa lógica do capital.

Por isso vale a reflexão de Luhmann (1983, p. 24):

> *Se a totalidade do direito está moldada aos interesses dos proprietários, e por eles é administrada, essa modificação do direito apenas poderá ocorrer na forma revolução. Ao longo do desenvolvimento social tornar-se-ia então possível uma socialização da propriedade, que separaria a satisfação das necessidades (distribuição) das decisões na produção (planejamento), substituindo o direito objetivado, vinculado a situações de interesse (classista), pela racionalidade.*

O capital imobiliário, sempre dominante no Brasil, se impôs a todas as eventuais premissas de efetivar política pública de moradia popular que valesse tal denominação. Ao financiar as construtoras e, depois, financiar a aquisição do produto moradia vendida pela própria construtora e, de novo, com financiamento estatal, o Estado nada mais faz do que estimular o giro do capital imobiliário em todas as suas vertentes, sem fazer com que sejam efetivamente construídas casas para as camadas mais necessitadas e muito menos invertendo a lógica perversa da ordem econômica estabelecida. Isso nunca mudou, e não há sinais de que mudará.

A Profa.Ermínia Maricato faz uma ponderação sobre o Programa Minha Casa Minha Vida que se coaduna muito bem com esse pensamento: diz ela que o "MCMV piorou as cidades, agravou as dificuldades de acesso à moradia entre os mais pobres e criou bairros especialmente vulneráveis ao crime organizado". E afirma também: "Tivemos um movimento imenso de obras, mas quem o comandou e definiu onde se localizariam não foi o governo federal, e sim interesses de proprietários imobiliários, incorporadores e empreiteiras". (entrevista à BBC Brasil. Acesso em: 04jun2018)

Afirma ainda a Professora que *"os conjuntos residenciais do programa erguidos longe dos centros urbanos levarão várias décadas para se integrar às cidades. Esse investimento gigantesco, aliado a uma especulação de terras ciclópica, tornou as cidades ainda mais inviáveis no Brasil."*

O direito à cidade tem sido um permanente enfrentamento entre os que lutam pelos direitos de cidadania e os que detém o poder sobre a cidade. Harvey (2014, p. 15) destaca que *"os movimentos pelo direito à cidade (apesar da diversidade de sua orientação) encontram-se em plena atividade em dezenas de cidades de todo o mundo".*

Na cidade moderna transparece com nitidez o conflito entre o capital e os interesses da cidadania. Esse autor afirma ainda que *"a cidade tradicional foi morta pelo desenvolvimento capitalista descontrolado, vitimada por sua interminável necessidade de dispor da acumulação desenfreada de capital capaz de financiar a expansão interminável e desordenada do crescimento urbano, sejam quais forem suas consequências sociais, ambientais ou políticas."* (HARVEY, 2014, p. 20).

A crise na cidade vem de longa data, asseverada com a ascensão do modelo neoliberal em grande parte do mundo a partir da Segunda Guerra. Com a vitória dos aliados sobre o nazismo, os Estados Unidos se impuseram aos demais países e passaram a exercer domínio econômico, notadamente sobre os países militarmente frágeis. Com a derrocada da chamada 'Cortina de Ferro', grupo de países alinhados aos interesses soviéticos, e o consequente fim da Guerra Fria, os Estados Unidos consolidaram seu poder no mundo e impuseram o predomínio da economia de mercado.

Como diz Mignolo, *"Huntington não percebe o fascismo e o nazismo como autoritários. Tampouco percebe o fato de que o autoritarismo dos Estados Unidos, a partir de 1945, projetou-se no controle das relações internacionais numa nova forma de colonialismo, um colonialismo sem territorialidade."* (MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade, *in* LANDER, 2000, p.49)

A política monetária colonialista impunha, dentre outras medidas, a desregulamentação agrícola a fim de gerar movimento migratório das populações do campo rumo à cidade (DAVIS, 2011, p. 25). Essa migração provocada atendia à necessária formação de massivo contingente de mão de obra à disposição do sistema de produção capitalista, o conhecido Exército Industrial de Reserva da concepção marxista.

Não sem motivo na década de 70 o Brasil, então governado por militares que derrubaram, por meio de um golpe de Estado, o governo democrático em 1964, assistia a uma vigorosa

propaganda estatal que procurava construir a imagem de que o país era um enorme canteiro de obras e que a economia nacional registrava seguidos índices positivos em seu PIB e demais indicadores econômicos. A meta era, segundo o discurso oficial, integrar a Nação brasileira, até então esgarçada por políticas regionais com certo viés separatista, especialmente provenientes do Sul do país. Foi com esse discurso que o Governo passou a investir em obras de infraestrutura de grande porte como rodovias que cruzassem o país de ponta a ponta, polos industriais regionais, comunicações e matrizes energéticas hídricas e atômicas.

'Mercado de ilusões' é a expressão com a qual Lúcio Kowarick explica a dinâmica de atrair populações do campo para a cidade. Afirma o autor que por mais que essa mudança traga consigo pobreza e crescente deterioração das condições urbanas, existe uma sensação de a que 'vida melhorou', uma auto avaliação que decorre de um nível simbólico de se estar integrado ao *"mundo das vitrines, da televisão, dos painéis publicitários onde os que subiram servem de exemplo e esperança para aqueles que só podem consumir na fantasia o sucesso do estilo de vida daqueles que venceram"*. (KOWARICK, 1980, p. 49)

Levar para a cidade enormes contingentes de trabalhadores vindos do campo era indispensável ao sistema. Para isso o campo tinha que ser 'esvaziado' e a cidade ser atraente. Muito embora o Governo passara a alocar expressiva soma de recursos para o financiamento rural, boa parcela desses recursos destinava-se à aquisição de máquinas e insumos agrícolas, conjugação de fatores que aumentava a produção agrícola mas com quantidade menor de trabalho braçal, empurrando os trabalhadores para os grandes centros urbanos.

O financiamento estatal foi crescente até a o final da década de 70. Esse sistema de forte aporte de recursos para financiamento *"visava dar suporte a um importante processo de modernização da atividade agrícola que implicaria crescente absorção, pelo setor, de máquinas e insumos modernos"* (FÜRSTENAU, 1987, p. 139). O Governo com isso atendia, de um lado, os interesses da indústria produtora desses bens, que precisava aumentar sua participação no mercado, e atendia de outro lado a elevação dos excedentes agrícolas para exportação.

Dessa forma chegava às áreas urbanas aquela massa de trabalhadores rurais, sem qualificação profissional, sem formação educacional, sem acesso à cultura e absolutamente

necessitada de um emprego formal a fim de conseguir sobreviver. A cidade de São Paulo tinha 180 km² em 1920; nos 35 anos seguintes a área triplicou, e no final dos anos 1990 tinha aumentado em mais dois terços disso, passando para 900 km² (HOLSTON, 2013, p.203). Já sua população saltou de 40.000 em 1886 para 260.000 em 1900, e para 580.000 em 1920.

A chegada de milhares de migrantes à cidade de São Paulo servia à atividade do capital, mas ia construindo uma cidade desigual. Os trabalhadores que moravam e trabalhavam no centro foram sendo expulsos e jogados para novos e distantes bairros. O planejamento urbano do início do século XX buscava trazer para a cidade certa 'haussmanização', glamourizando o centro, que era onde as atividades culturais, industriais e comerciais se davam, mas para o que era necessário que as camadas operárias da cidade liberassem esse espaço central.

Bonduki aponta que, em 1920, apenas 19% dos imóveis em São Paulo eram habitados por seus proprietários. O aluguel era a saída para todos os demais. Os trabalhadores de baixa renda tinham que morar em cortiços, amontoados, insalubres. E não havia política de financiamento para a compra da casa própria. (BONDUKI, 1994, p.713)

Uma das consequências da migração forçada foi a favelização das cidades. Não havia – e não era para haver mesmo – lotes urbanizados e moradias decentes para toda aquela população que se deslocara no sentido campo → cidade. Apenas parte dos migrantes que chegavam à cidade conseguia colocação no mercado de trabalho, pois a outra parte tinha que ficar desempregada para formar o Exército Industrial de Reserva. Com esse grande contingente de mão de obra desempregada, a equação oferta x demanda se desequilibrava planejadamente de forma a forçar a queda no salário real e o consequente aumento da extração da mais valia.

Havia na cidade de São Paulo até os anos 1950, estratégia adotada pela grande indústria de ela própria construir casas populares próximas às suas instalações, destinadas aos seus operários. Essa estratégia visava alocar sua mão de obra nas proximidades do trabalho, o que evitava faltas e atrasos por parte dos empregados; e a possibilidade de demissão por ato de insubordinação amedrontava o operário, cuja família dependia daquele emprego e da casa onde morava. Esses conjuntos ficaram conhecidos como Vilas Operárias, das quais pouco resta na cidade, sendo a mais conservada a Vila Maria Zélia, no bairro do Belenzinho, construída em 1917 e tombada pelo

patrimônio Histórico em 1983. Essa vila tinha, além das casas, comércio local, áreas de lazer, creches, jardim de infância, consultórios médicos e odontológicos e até salão de festa para os moradores.

Mas essa estratégia foi sendo abandonada na medida em que passou a aumentar a rotatividade de mão de obra na indústria, resultado da existência da reserva de mão de obra à espera de vaga. E com isso as empresas passaram a transferir o custo de moradia e dos transportes ao Estado, deteriorando ainda mais as condições de vida na cidade.

Essa massa de desempregados foi sendo expulsa para o subúrbio da cidade, nas franjas mais distantes, à beira dos rios e córregos, sob as pontes e viadutos construídos pela 'modernidade'. Enfim, foram-se erguendo favelas como única forma de abrigar os novos moradores da metrópole. Dados da PNAD apresentados por Lúcio Kowarick, em seu livro 'A espoliação urbana', indicava a existência, em 1972, de 54.739 barracos, com 318.285 moradores (1980, p. 38). Já no ano seguinte, 1973, o número saltava para 71.840 barracos, representando 1,1% do total de moradores da cidade. (SARAIVA, Camila, e MARQUES, Eduardo, *"A dinâmica social das favelas na região metropolitana de São Paulo" in* TASHNER, 2001)

Dados do Ministério das Cidades (2007, p.107) apontam que em 2000, moravam em favelas 1.160.590 pessoas, representando 11,12% da população da cidade. Em 2010 já eram 2.162.368 de pessoas vivendo em favelas, representando a cifra de 20% da população da cidade, número expressivo. (IBGE Senso 2010)

A degradação urbana já vinha de longa data. Em 1931 a elite paulista, tendo o IDORT (Instituto de Organização Racional do Trabalho) à frente, presidido pelo banqueiro Roberto Simonsen, passou a fomentar a ideia de que o Estado deveria financiar a construção e a aquisição da casa própria, sob a égide do higienismo, para que as massas trabalhadores fossem domesticadas. Essa nova casa era rotulada como 'higiênica, educativa, econômica, popular, baseada no consumo, e disciplinaria e moldaria o caráter dos trabalhadores'. (HOLSTON, 2013, p.213)

O Governo Federal passou então a investir nesse tipo de construção. Criou, a partir de 1937, os Institutos de Pensão por categorias profissionais, que tinham dentre suas atribuições

edificar moradias para seus associados. Em 1946 constituiu a Fundação da Casa Popular, e ressuscitou as instituições de crédito para a aquisição da casa própria.(BONDUKI, 1994, p. 711)

Ocorre, porém, que a dinâmica social não se faz com ábaco. Aliás, é próprio do modo de produção capitalista a existência de contradições sociais, contradições que se aprofundam na medida em que a extração do lucro em suas mais variadas formas vai-se expandindo. E uma das mais visíveis contradições é a espoliação sobre a terra. A terra urbana passa a integrar o capital especulativo e a retenção dos terrenos mais próximos ao centro urbano empurra as pessoas sem moradia para as periferias da cidade, locais sem infraestrutura urbana de qualquer natureza.

Com o tempo os próprios loteadores 'incentivam' aqueles moradores a reivindicar das Prefeituras e do Governo do Estado a instalação de redes de energia elétrica, de água e de esgoto, de linhas de ônibus e serviços de saúde educação. Eram parcialmente atendidos e com isso valorizavam os terrenos intermediários que ficaram à espera para serem valorizados, pois passavam a ser vendidos agora com o apelo de serem dotados de total infraestrutura e com ônibus na porta!

Ao mesmo tempo em que a renda da terra se desenvolve no modo de produção capitalista, as pessoas vão sendo desenraizadas de seu *locus*, aglutinadas como coisas em assentamentos precários, subjugadas a condições inumanas. Com o passar do tempo essa situação passa a ser enfrentada, primeiramente, por puro instinto de sobrevivência mas depois, por crescente compreensão dos direitos civis e de seu papel social e político.

Passadas as décadas do 'milagre brasileiro', as cidades começaram a enfrentar o problema da favelização. Para enfrentar essa questão foram implementados inúmeros programas de incentivo à construção de moradias sociais ao longo dos anos. Alguns exitosos, outros não. O Minha Casa Vida pode ser considerado como um dos mais exitosos, mas foi gerado e gerido com os mesmos problemas basilares desses programas, que é a falta de subsídio às famílias que não dispõem de nenhuma condição de acesso ao crédito, além do controle pelo capital imobiliário.

Constroem-se muitas unidades habitacionais de interesse social, mas não para a faixa de renda zero. A falta de subsídio é um problema registrado há tempos. Maricato já falava sobre isso no livro Habitat, em seu artigo 'Contribuição para um plano de ação brasileiro'. Ela destacava que

um ponto a ser observado e evitado no plano brasileiro é a "ausência de fontes de recursos a fundo perdido em todos os níveis de governo." (*in* BONDUKI, 1996, p.41). E sugeria a "criação de um Fundo Nacional de Moradia Popular (incluindo saneamento) que combine recursos orçamentários (fundo perdido para subsídios destinados exclusivamente para população de baixa renda) e outras fontes públicas, semipúblicas e privadas para os demais níveis". (*ibidem*, p. 43)

Em matéria publicada no portal do jornal O Estado de São Paulo, o ativista e coordenador do MTST, Guilherme Boulos, afirma que "as moradias destinadas às famílias das chamadas faixas 2 e 3 (que ganham até R$ 9.000,00) não podem ser classificadas como programa social, mas como financiamento imobiliário. A faixa 1 – liquidada pelo presidente Temer – atende a famílias que ganham menos que três salários mínimos, correspondente a quase 80% do déficit habitacional brasileiro."

Essa falta de recursos a fundo perdido para a habitação é problema recorrente na economia capitalista. A necessária produção de excedentes e a própria lógica da produção capitalista impõe a exigência de se jogar na indústria da construção a máxima reprodução de mais-valia no processo construtivo. Não cabe ao Estado capitalista subsidiar essa produção, ou se estará invertendo a lógica de produção do capital.

Lojkine (1981, pp. 287/8) tratava desse tema há quatro décadas: "A única saída política para as municipalidades operárias é de fato a batalha de massa para impor ao estado central um aumento de suas subvenções." E ainda, citando Jean-Louis Cohen:

> *A diferença entre as experiências soviéticas e todas as práticas das municipalidades, tanto comunistas como socialistas, está na coerência da intervenção, impossível no âmbito da apropriação privada dos meios de produção e de troca, e que sua socialização torna impossível...À organização do imóvel ou do edifício isolado, opõe-se, na cidade do regime capitalista, a anarquia da estrutura urbana considerada em seu conjunto...a intervenção contraditória dos diferentes capitais procurando criar valores no nível da produção de moradias, ou de infraestruturas e de equipamentos diversos, leva à criação de valores de uso separados, funcionando isoladamente.*

Sem subsídio ficam no limbo as famílias sem renda. Elas não interessam ao sistema de financiamento. O modelo sempre adotado não visa atender a essa parcela da sociedade.

O pior é se pensar em moradia social no centro das grandes cidades, onde essas pessoas conseguem garantir sua sobrevivência mas são reiteradamente excluídas desse direito! No centro da cidade é que estão as condições materiais da sobrevivências dessas pessoas, mas as políticas públicas de moradia destinam moradias nesse lugar – quando destinam – para outras pessoas, vindas de outros lugares, de outras origens, outras realidades, e as colocam nessas unidades habitacionais. O resultado é quase sempre o mesmo: os contemplados não se adaptam ao novo lugar, vendem a moradia e voltam para o seu lugar de origem. E aqueles moradores do centro continuam ali no centro, vivendo em condições precárias e sem casa para morar. Vide o anúncio feito em janeiro de 2018 pelo então Prefeito João Dória do lançamento da Parceria Público Privada (PPP) que objetivava construir 34 mil 'moradias sociais' no centro da cidade de São Paulo.

Foi divulgado que essa ideia "*chamou a atenção do mercado no sentido de que é viável e tem possibilidade de retorno, pela inovação nos detalhes. Dentre os atrativos para o mercado listados pela Prefeitura estão o direito de explorar por 20 anos pontos comerciais no térreo de todos os edifícios, além de contrato para fazer a gestão condominial."*

Ou seja, novamente o capital preponderando e balizando as ações públicas. O bairro da Luz hoje é um exemplo dessa estratégia. Moradores antigos estão sendo deslocados para dar lugar aos novos edifícios construídos já no âmbito dessas operações PPP. De todo o investimento previsto, 60% deverá ser voltado para famílias com renda entre zero e seis salários mínimos. Os 40% restantes serão divididos para famílias com renda superior a essa e para a construção de equipamentos sociais e obras de infraestrutura. O valor da prestação estimado é de R$ 250,00 mensais para família com renda de um salário mínimo, e o custo médio da unidade habitacional é de 151 mil reais. (Folha de São Paulo, Cotidiano, 19/01/2018). Lamentável que o urbano seja palco para isso e não para a vivência humana em todas as suas potencialidades.

O *lugar* se relaciona profundamente com a ideia de pertencimento e de enraizamento. A memória tem estreita ligação com o lugar. Desde a infância nossas lembranças se passam em algum

lugar físico, e isso perpassa pela vida toda. Então, pensar em política pública de moradia sem considerar a ideia do pertencimento não resulta em boas práticas.

Numa breve entrevista feita pelo autor com uma moradora que ocupa um prédio central, Andréia, da Ocupação Benjamin Constant, ela descreve essa dinâmica pela busca do lugar. Diz ela: *"vim do aluguel, já participei do movimento, saí, voltei a morar de aluguel, mas não consegui manter o padrão de vida e voltei a procurar o movimento para participar de ocupações".*

Pessoas como ela não são contempladas pelos programas habitacionais. Não tem renda formal, não tem acesso ao crédito. E no Brasil as políticas públicas de moradia sempre tiveram apenas esse viés econômico. Tal lógica se dá porque no momento primeiro de análise documental dos candidatos às moradias, essas famílias são barradas de cara. A primeira fase da análise é a capacidade de endividamento do candidato, a possibilidade que ele terá de pagar pelo financiamento imobiliário.

Ermínia Maricato afirma que *"os investimentos públicos no Brasil obedecem à lógica secular dos interesses privados. Foi assim com o Banco Nacional de Habitação, entre 1964 e 1986. É assim com a grande maioria dos orçamentos municipais que priorizam, há décadas, o sistema viário destinado à circulação do automóvel."* (*in* BONDUKI, 1996, Contribuição para um plano de ação brasileiro, p. 39)

E isso vige até hoje. A grande fatia dos recursos destinados à moradia popular fica na posse do Governo Federal e de suas instituições. Alguns Estados tem leis que destinam parte da arrecadação obrigatoriamente às políticas de habitação popular, como é o caso de São Paulo, em que 2% da arrecadação de ICMS tem essa destinação obrigatória. Embora seja um fator importante, o montante é ínfimo diante da demanda social.

O modelo dominante sempre foi o de financiamento da aquisição do terreno, depois o da construção, seguido da venda e, então, o comprador tem sua unidade habitacional dada em hipoteca ao agente financeiro e só se livrará desse encargo e se tornará verdadeiramente dono da sua casa após vinte ou trinta anos pagando as prestações, nas quais estão inseridos os 100% dos recursos emprestados, mais atualização monetária e mais juros que significam roubo literal do dinheiro ao

longo desses anos todos. O adquirente chega a pagar três ou quatro casas para ter direito a uma. Quando o tem, o que é a minoria. Esse o modelo adotado pelo estado brasileiro.

Fato é que, vai programa, vem programa, todos repletos de justificativas e dados quantitativos, mas nunca aparecem os números objetivos da verba destinado ao subsídio habitacional. E pior, nunca se inserem nos dados o grau de necessidade e de felicidade das pessoas.

No centro expandido da cidade de São Paulo há imóveis que poderiam atender a expressiva parcela do déficit habitacional. Até setembro de 2017, a Prefeitura havia notificado 1.152 imóveis vagos, sem uso, para que seus proprietários dessem alguma destinação ou passariam a sofrer a taxação de IPTU progressivo. Poder-se-ia disponibilizar moradias sociais em considerável volume sem precisar dispender de grandes somas de recursos públicos, até porque as redes de infraestrutura urbana estão todas instaladas e com capacidade ociosa. Mas isso não serve aos interesses do capital imobiliário.

Como se depreende, tragédias como a Torre de Vidro poderiam – e deveriam – ser evitadas, assim como assegurar dignidade a tantas e tantas pessoas que lutam diariamente pela sua sobrevivência e que teriam, por todas as leis, direito a um lar. Isso é possível, mas depende do combate contínuo, permanente e sobretudo obstinado.

Referências bibliográficas

BESSONE, Darcy. Direitos reais. São Paulo: Saraiva, 1996, 2ed

BONDUKI, Nabil G. Origens da habitação social no Brasil. Análise Social, vol. 127, 1994 (3º), 711-732.

BONDUKI, Nabil G.(Org). Habitat. São Paulo: Studio Nobel, 1996, 1ed.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Moacir Lobo da. O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit. São Paulo: Revistas USP/Faculdade de Direito, 1951. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66172/68782>. Acesso feito em: 11 jul. 2017.

DAVIS, Mike. Planeta favela. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, 1ed. revista.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981, 7ed

FREITAS, Rafael; MEDEIROS, Danilo; MOURA, Samuel. Procurando o Centrão: Direita e Esquerda na Assembleia Nacional Constituinte 1987-88. In: Maria Alice Rezende de Araújo; Cícero Araújo; Júlio Assis Simões. (Org.). A Constituição de 1988 - passado e futuro. São Paulo: Anpocs / FFord / Hucitec, 2009.

FÜRSTENAU, Vivian. A Política de Crédito Rural na Economia Brasileira Pós 1960. Fundação de Economia e Estatística (FEE), Ensaios FEE, 8(1): 139-154, Porto Alegre, 1987.

HARVEY, David. Cidades Rebeldes. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HOLSTON, James. Cidadania insurgente. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Marins Fontes, 1998

KOWARICK, Lúcio. A espoliação urbana. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

LAFAYETTE Rodrigues Pereira. Direito das cousas. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1940, 3ed.

LANDER, Edgardo (org.) A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO/UNESCO, 2000.

LEFEBVRE, Henri. O pensamento marxista e a cidade. Póvoa de Varzim: Ulisseia, 1972

LEI & ORDEM. Editor José Mesquita. A lei natural segundo o filósofo Cícero. Disponível em: <http://www.leieordem.com.br/a-lei-natural-segundo-o-filosofo-cicero.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.

LIMA, Luziano Pereira Mendes de. A atuação da esquerda no processo constituinte: 1986-1988. Disponível em <livraria.camara.leg.br/livros/a-atuac-o-da-esquerda-no-processo-constituinte.html>. Acesso em: 11 jul 2017.

LOJKINE, Jean. O estado capitalista e a questão urbana. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1983.

MARICATO, Ermínia. Contribuição para um plano brasileiro. In: BONDUKI, Nabil (Org). Habitat, 1ª Ed., São Paulo: Studio Nobel, 1996

_____. Habitação e cidade. São Paulo: Atual, 1997, 7ªed
_____. Metrópole na periferia do capitalismo. São Paulo: Hucitec, 1996

MELO JÚNIOR, Luíz Cláudio Moreira. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. Brasília. Sociedade e Estado, 2013, v. 28, n.3. (Revista eletrônica). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922013000300013>

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Política habitacional e a integração urbana de assentamentos precários: parâmetros conceituais, técnicos e metodológicos. Brasília, 2007.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1965, 4ed.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2002, 27ed., 5 v.

SARAIVA, Camila, e MARQUES, Eduardo, "A dinâmica social das favelas na região metropolitana de São Paulo", *in* TASHNER, 2001

SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 11ed, IV v.

SOUZA, Luciana Cristina de. Os sistemas plurais de direito e as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45. [S.l.] Revista Sociologia Jurídica, 2006, janeiro-junho, n. 2. Disponível em: < https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/>. Acesso feito em: 17 jul.2017.

TASHNER, Suzana Pasternak. Favelas em São Paulo- censos, consensos e contra-sensos. Cadernos Metrópole, São Paulo, nº 5, 2001.

Sites:

- BOULOS, Guilherme. O Estado de São Paulo. (Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral-70002149689>. Acesso em: 15 jan 2018).

- Dados sobre favelamento em São Paulo. IBGE senso 2010. https://exame.abril.com.br/brasil/sao-paulo-e-metropole-com-mais-moradores-de-favelas-do-brasil-segundo-o-ibge/. Acesso em: 5 jun 2018.

- Ermínia Maricato – entrevista `BBC Brasil. Disponível em:<http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/minha-casa-minha-vida-piorou-cidades-e-alimentou-

especula%c3%a7%c3%a3o-imobili%c3%a1ria-diz-ex-secret%c3%a1ria-do-governo-lula/ar-AAycwj8?li=AAggXC1&ocid=UE07DHP>. Acesso em: 04 jun 2018.

- Programa Parceiras Público privadas na cidade de São Paulo (PPP). FOLHA DE SÃO PAULO, COTIDIANO, 19/01/2018. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1951352-gestao-doria-lanca-primeira-ppp-de-moradia-para-34-mil-apartamentos.shtml. Acesso em: 20 jan 2018.

RELIGIÃO, POLÍTICA E ANTAGONISMO NO CONGRESSO NACIONAL

RELIGION, POLITICS AND ANTAGONISM IN THE NATIONAL CONGRESS

Rafael Bruno Gonçalves[155]

Alba Zaluar[156]

Resumo:

Este artigo tem como objetivo analisar os posicionamentos dos deputados federais que compõem a Frente Parlamentar da Segurança Pública e a Frente Parlamentar Evangélica, informalmente denominada Bancada da Bala e Bancada da Bíblia, respectivamente. A pesquisa busca a compreensão dos interesses que estão em consonância entre essas duas frentes, dando enfoque para a inclinação de parlamentares evangélicos em torno de questões que envolvem deliberações legislativas mais conservadoras e repressivas, como o discurso de autodefesa através do porte de armas e a mudança na legislação brasileira sobre a redução da maioridade penal. A análise foi realizada através da coleta de informações sobre as propostas legislativas que envolveram estes temas e que foram submetidas à apreciação e votação na Câmara dos Deputados. Ademais, foram feitas entrevistas semi-estruturadas com membros de igrejas evangélicas com o propósito de verificar a opinião de lideranças religiosas sobre o tema da segurança. O artigo também discute o posicionamento dos deputados evangélicos sobre o predomínio do Estado de Israel no Oriente Médio, culminando em um discurso belicista. As inclinações destes parlamentares demonstram os impactos causados pela proeminência de justificativas fundamentalistas e conservadoras que compõem essas pautas legislativas.

Palavras-chave: Segurança pública; Evangélicos; Câmara dos Deputados; Conservadorismo.

---

[155] Rafael Bruno Gonçalves é doutor em Sociologia pelo IESP/ UERJ com a tese "O discurso religioso na política e a política no discurso religioso: uma análise da atuação da Frente Parlamentar Evangélica na Câmara dos Deputados (2003-2014)", publicada em 2017. Hoje atua como professor na Universidade Federal do Pampa.

[156] Alba Zaluar é professora titular de Antropologia da UERJ, pesquisadora visitante no IESP/ UERJ, professora livre docente aposentada da UNICAMP, Doutora em Antropologia pela USP, bolsista 1A de produtividade em pesquisa do CNPQ. Publicou 14 livros e muitos artigos sobre religião, conflitos urbanos, favela, violência, criminalidade e tráfico de drogas.

Abstract:

This article aims at analyzing the positions of Brazilian federal deputies that integrate the Parliamentary Front of Public Security and the Evangelical Parliamentary Front, informally known as the Bloc of Bullet and the Bloc of Bible, respectively. The research seeks to understand the interests that are constant between these two fronts, focusing the inclination of evangelical parliamentarians on issues involving more conservative and repressive legislative deliberations, such as the discourse about self-defense through the use of guns, and about the reduction of legal age for being arrested and prosecuted in the Brazilian Penal Law. We analyzed collected information on the legislative proposals involving these themes that were submitted to and voted in the Federal Chamber of Deputies. In addition, we did semi-structured interviews with members of evangelical churches in order to verify whether their opinions on the subject of security matched the ones defended by the evangelical deputies. The article also discusses the positioning of evangelical members on the dominance of the State of Israel in the Middle East, which culminated often in a belligerent discourse. The inclinations of these parliamentarians demonstrate the impacts provoked by the prominence of religiously fundamentalist and politically conservative justifications that make up their legislative agendas.

Keywords: Public security; Evangelicals; Chamber of Deputies; Conservatism.

Résumé :

Cet article convoite analyser les positions des députés qui constituent le Front Parlementaire de la Sécurité Publique et le Front parlementaire Évangélique, populairement appelés le Bloc de la Bale et le Bloc de la Bible, respectivement. La recherche mire à comprendre les intérêts qui sont constants entre ces deux fronts, en focalisant la penchant des parlementaires évangéliques pour des questions impliquant plusieurs délibérations législatives conservatrices et répressives, comme le discours de la légitime défense par les armes à feu et de la réduction de l'âge légal pour être arrêté et poursuivis dans la Loi Pénale brésilienne. L'analyse a été effectuée par la collecte d'informations sur les propositions législatives concernant ces thèmes, qui ont été soumises et votés à la Chambre des représentants. En outre, on a fait des entretiens semi-structurés avec les membres des églises évangéliques pour vérifier si leurs opinions sur le thème de la sécurité ont été d'accord avec celles

des députés évangéliques conservatrices. L'article montre également le positionnement de ceux-ci sur la prépondérance de l'Etat d'Israël au Moyen-Orient, qui culmine avec un discours belliqueux. Les inclinaisons de ces parlementaires démontrent les impacts poussés par l'importance des justifications religieusement fondamentalistes et politiquement conservatrices qui composent leur agenda législatif.

Mots Clés : Sécurité Publique, Evangéliques, Chambre des députés, Conservatisme.

Introdução

Os estudos sobre as igrejas evangélicas no Brasil que sempre ressaltam o impressionante crescimento do número de fiéis, com grande impacto na sua vida social, têm abordado principalmente a organização das denominações religiosas e suas relações com os fiéis; ou ainda a relação dos fiéis com a doutrina religiosa e as práticas adotadas em cada igreja. A discussão acadêmica sobre a participação dos evangélicos na política tem focalizado sobretudo as questões da laicidade e do reverso da secularização, ou seja, na perspectiva que torna o conceito uma ferramenta preciosa na análise da relação entre religião e esfera pública, entre religião e estado (PIERUCCI, 1989; FRESTON, 1993, 1994; FERNANDES et al, 1996; MARIANO & PIERUCCI, 1992; MARIANO, 1995; FONSECA, 1996; BASTIAN, 1999, NOVAES, 2001; MACHADO, 2006; ORO, 2006; TADVALD, 2015).. Estes aspectos teriam contribuído para a diversificação social e política no Brasil, bem como propiciado estimulante discussão sobre a tese da secularização tal como propugnada por Weber (1963 e 1997), tese esta que foi criticada e reformulada. Nesta teoria, o processo de racionalização nos países ocidentais modernos produzira a divisão entre religião e demais planos da vida social por conta da perda de centralidade dos valores religiosos no mundo moderno, substituídos pela racionalidade do pensamento científico. Esta provocaria o desencantamento do mundo e a secularização, emancipando a racionalidade instrumental laica, isto é, não religiosa. Os estudiosos desse processo no Brasil apontam para a formação de um espaço público em que a religião sempre teve um lugar importante (MONTERO, 2012). Outros afirmam que este processo teria sido revertido com o crescimento das igrejas evangélicas e entrada delas na política (MAIA, 2012; SELL & al., 2016). Porém, os estudos pouco

têm abordado os temas do fundamentalismo[157] e do conservadorismo[158] político adotado por alguns líderes religiosos evangélicos neopentecostais que foram atuar no Congresso Nacional. Ora, uma das condições da objetividade da pesquisa sociológica é trazer à consciência os constrangimentos, esquecimentos ou falhas que influenciam a análise que cientistas sociais levam a efeito.

Por isso, os últimos temas esquecidos são justamente os adotados neste texto ao examinar o teor das propostas defendidas pelos parlamentares que representam o reforço do conservadorismo de cunho moral e religioso, hoje não mais o apanágio dos católicos de direita, tal como apontado na literatura de Ciência Política (CODATO & OLIVEIRA, 2004). Esta perspectiva é tão legítima e necessária quanto a discussão sobre o reverso da secularização e a presença cada vez maior da religião na política. A laicidade só interessa hoje no Brasil por conta dos conflitos entre os parlamentares evangélicos conservadores e os cientistas brasileiros, representantes das teorias científicas do evolucionismo e defensores das pesquisas científicas sobre as células tronco e os embriões, considerados deste o início do século XX como ameaças à civilização cristã tal como preconizada na Bíblia, portanto sintomas de fundamentalismo tal como definido por MARSDEN (1980).

Tais intervenções de religiosos na política há muito despertam o interesse de sociólogos em outros países do mundo que analisam como a secularização não impediu estas intervenções no que denominam a política da moralidade (FINK, 2008; LARSDEN & GREEN-PEDERSEN, 2013; KNILL & al, 2014). Embora Fink tenha sublinhado a influência da Igreja Católica sobre a

[157]O conceito Fundamentalismo (Bottomore & alia, 1993) entrou nas obras de vários sociólogos da religião a partir do trabalho seminal de George Marsden (1980) que estudou a conexão entre o protestantismo e a cultura americana. Segundo este conhecido autor, Fundamentalismo foi um movimento iniciado nos anos 1920 pelos descontentes com o que provocara a profunda crise cultural e intelectual no século XX. Entre os religiosos, essa crise foi identificada no modernismo e sua racionalidade expressa nas teorias da evolução que teria abalado as fundações bíblicas da civilização estadunidense, fundada por puritanos e outros protestantes que fugiram da perseguição religiosa ou da deterioração dos preceitos de suas igrejas. O evolucionismo foi considerado então a maior ameaça ao cristianismo enquanto religião e civilização. Posteriormente o movimento tomou tamanha dimensão que passou a ser analisado em outras religiões e ideologias de partidos políticos. O livro de Marsden pode ser visto em: https://books.google.com.br/books?id=9swPktfLJigC&printsec=frontcover&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

[158] O conceito Conservadorismo é apresentado como a aversão à mudança para manter as coisas tal como sempre foram, aversão que seria acionada pela deflagração de uma mudança rápida (Bottomore et alia, 1993). No Dicionário de Política, de Norberto Bobbio, conservadorismo está associado a ideologias partidárias, destinadas a organizar o consenso para ações políticas e de praxes de Governo, diferenciadas das ideologias legitimantes, que discutem a legitimidade do poder, e das comunitárias, que visam a coletividade social.

legislação a respeito do aborto ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo, há uma clara hegemonia das teorias que admitem apenas um efeito sobre a dinâmica política, atrasando as decisões, mas não sobre a rigidez da legislação. Os países católicos europeus já admitiram a continuidade da revolução nos costumes iniciada nos anos 1960, que a moralidade religiosa não conseguiu impedir. Ou seja, não impediram a tendência geral de permissividade observada nas políticas clássicas de moralidade, como o aborto, a eutanásia, a reprodução artificial e o casamento entre pessoas do mesmo sexo hoje presentes na legislação. Os mais recentes estudos apontam para a falta de investigações sobre o Protestantismo e o Islã, mas alertam que não basta considerar apenas a força das igrejas e instituições políticas do país. A estas deve-se acrescentar a relevância das estruturas da informalidade ou do processo de informalização (KNILL & al, 2014; WOUTERS, 2011) que variam entre os países, mudam ao longo do tempo e moderam a influência das igrejas.

No Brasil, estas discussões sobre a política da moralidade ainda estão em curso, mas há também discussões importantes sobre a política de segurança pública a ser proposta pelo Estado. Ainda não está claro qual será o resultado das discussões dentro e fora do Congresso Nacional. Este texto é fruto de uma extensa pesquisa sobre os discursos feitos no Congresso Nacional pelos parlamentares evangélicos, analisando com cuidado a votação destes para cada um dos Projetos de Lei (PL) apresentados em torno dos temas mais relacionados com a Segurança Pública. Discussões em torno da promoção de uma agenda conservadora mais geral têm se destacado no âmbito do Congresso Nacional, havendo sido objeto de uma tese de doutorado nos temas relativos à política da moralidade, tais como a proibição do aborto e das pesquisas com células tronco embrionárias (GONÇALVES, 2016). A inclinação conservadora pode também ser identificada na composição de frentes parlamentares que se caracterizam por levar adiante interesses que acabam convergindo diante de pautas como, por exemplo, a redução da maioridade penal, a alteração do estatuto do desarmamento, o apoio incondicional ao Estado de Israel. Estes temas são priorizados por grupos conservadores que atuam no legislativo brasileiro, isto é, a Frente Parlamentar da Segurança Pública, Frente Parlamentar Evangélica e a Frente Parlamentar da Agropecuária, informalmente denominados “Bancada da Bala”, “Bancada da Bíblia” e “Bancada do Boi” por seus adversários. Difere, pois, da abordagem adotada da outra tese sobre a Frente Parlamentar Evangélica (MAIA, 2012) encontrada no sistema Domínio Publico da CAPES. O foco desta tese

está na inserção dos evangélicos, principalmente pentecostais e neopentecostais, dentro do espaço político brasileiro, analisando os fatores institucionais que atuam nesta relação: a fraca institucionalização partidária no Brasil, a fraca presença do Estado junto a segmentos sociais menos favorecidos, bem como a organização das igrejas evangélicas e os meios de passar informações políticas para os fiéis.

A partir justamente da participação política que estas igrejas pentecostais e neopentecostais passaram a desempenhar, assinala-se neste texto a vinculação majoritária de seus membros parlamentares a partidos ou posições de direita e centro-direita, segundo o espectro ideológico. Esta conexão persistente ao longo de anos demonstra o crescimento de novo movimento político conservador mais preocupado em atacar a ciência e as medidas de reconhecimento das diversidades de gênero, de religião e de situação diante da ação penal do Estado. A atuação do ex-deputado federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ), membro da Igreja Assembleia de Deus e ex-integrante da Frente Parlamentar Evangélica, frente à presidência da Câmara dos Deputados entre 2013 e 2016, ratifica este quadro político. Cunha tinha uma agenda parlamentar que propunha desde a defesa de interesses de setores empresariais vinculados ao campo das telecomunicações, transportes e construção civil, principais financiadores de suas campanhas eleitorais, até a apresentação de Projetos de Lei e Emendas Constitucionais que atendem às aspirações ideológicas de setores ligados ao segmento evangélico, sobretudo pentecostal. Um deles, o PL7382/2010 que estabelecia penalidades diante de qualquer ato que remeta a discriminação contra heterossexuais, bem como a PEC 164/2012, que determinava a inviolabilidade do direito à vida desde o momento da concepção.

Para analisar essas questões, apresentou-se os três temas que compõem as discussões provenientes de deputados que integram a Frentes Parlamentar Evangélica e a Frente Parlamentar da Segurança Pública. Primeiro, o posicionamento sobre a proposta legislativa que trata da redução da maioridade penal; segundo, os debates que envolvem as novas regras sobre o Estatuto do desarmamento; terceiro, o posicionamento, sobretudo dos evangélicos, sobre o domínio do Estado de Israel no Oriente Médio, culminando em um discurso de apoio à guerra local.

Relações entre política, sociedade e religião na abordagem sociológica

A discussão sobre as conexões entre a religião e a sociedade têm se concentrado muito

mais sobre o impacto que aquela teria sobre o crescimento econômico diferenciado entre países no mundo. A partir das teses weberianas, sobre a importância do processo de racionalização e das ideias de predestinação para a constituição de uma ética do comportamento cotidiano entre os protestantes, especialmente os calvinistas, essa discussão foi adquirindo contornos e precisões empíricas que envolveram muitas pesquisas pelo mundo. Uma autora assinala que, de fato, a religião tem sido uma tremenda força ao longo da história, em todos os cantos do globo, inclusive porque seria mais responsável pelas mortes dos humanos do que a exploração de classe e o mercado de capitais. Ao longo dos séculos, afirma a autora, dados os recursos que as religiões têm controlado e seu poder sobre os indivíduos e suas mentes, devemos esperar que seguir alguma prática religiosa ainda terá grandes consequências econômicas (IYER, 2015).

Recentemente, Robert J. Barro e Rachel M. McCleary (2003), da universidade de Harvard, voltaram a estudar a importância da religião na vida econômica pela dimensão das crenças, com crítica à teoria da secularização. Neste estudo, eles investigaram a correlação entre variáveis como frequência à igreja e crença no céu e inferno com os índices de crescimento econômico comparativos de 1965 a 1995. Tomaram a religião como variável independente, com determinantes ou correlatos independentes da economia, e partiram da hipótese de que haveria uma correlação positiva entre certas crenças religiosas e o desempenho econômico, considerando as diferentes práticas de participação e as diversas crenças no pós vida (BARRO & MCCLEARY, 2003: 761-2). A religião afetaria a atividade econômica principalmente pela promoção de crenças religiosas que influenciam traços individuais tais como honestidade, ética de trabalho, frugalidade etc. As crenças no céu e no inferno poderiam afetar essas características, por criarem a percepção de recompensas e punições para o "bom" e o "mau" comportamento na vida da pessoa (ibidem: 771). Nessa perspectiva, a religião organizada, e mais especificamente, a frequência a serviços religiosos afetaria as crenças que afetariam os traços individuais que afetariam os efeitos agregados econômicos. O estudo confirmou a suposição de que um maior desenvolvimento econômico está associado a uma menor religiosidade, esta entendida como participação em atividades religiosas, ou seja, o país em que havia maior frequência à igreja tomaria tempo e disponibilidade para as demais atividades (ibidem: 778). Porém, em dois países onde a frequência ao serviço religioso era essencialmente a mesma, aquele no qual as pessoas demonstraram maior crença no céu e no inferno experimentaram crescimento econômico mais rápido.

Esta "abordagem quantitativa ao estudo da religião", se apoia na suposição de que a religião cristã pode afetar a economia ao promover crenças que influenciam a produtividade, acentuando características como frugalidade, esforço e honestidade. Um sentimento disseminado de que tal comportamento poderá eventualmente ser recompensado (a crença no céu), ou que a falta de tal comportamento poderá ser punida (a crença no inferno) pode, portanto, promover o crescimento econômico. Contudo, se mais pessoas e recursos são dedicados à realização de serviços religiosos sem a produção do produto desejado (um nível mais elevado de participação religiosa), isto tende a diminuir a produtividade na economia. Em outras palavras, as economias dos países podem ter melhor desempenho quando pessoas têm níveis relativamente mais elevados de crença religiosa do que de participação religiosa.

No Brasil, o debate sobre a relação entre religião e ação econômica se deu em torno de qual dimensão seria o determinante da outra. Estudos, como o de DIAS DUARTE (2014), sublinham a importância dos valores, um traço da influência do pensamento de Louis Dumont, autor que analisou sociedades complexas pela predominância do princípio hierárquico ou individualista que ele compreendia como fenômeno histórico. Seria esse traço da ideologia, internalizada pelos indivíduos, que explicaria a adesão religiosa. Outros, como o de ARENARI (2015), adotam a perspectiva marxista ou materialista e entendem o crescimento da adesão a igrejas evangélicas, em especial do pentecostalismo, como efeito do impacto da expansão do sistema capitalista. O pentecostalismo seria uma forma religiosa típica da periferia do sistema capitalista, estando diretamente relacionado aos membros das classes sociais que passaram a pulular em tais sociedades. Não abordaram as questões políticas relacionadas à situação de classe numa democracia em desenvolvimento.

Tampouco os estudos quantitativos da relação entre religião e economia, como o que examinou-se aqui, nada dizem sobre os efeitos da religião na institucionalidade e no desenvolvimento da democracia nos países estudados. A crença no inferno, por exemplo, poderia ter efeitos sobre como os adversários políticos são percebidos pelos crentes? A força de tais crenças incentivariam o antagonismo político e a intolerância religiosa?

Weber também analisou a relação entre a religião e a política, abordando temas como a institucionalização de igrejas que se vincularam a estados, a saída para o pacifismo como resposta

às guerras, a saída de qualquer envolvimento político pelo desgosto que as tramas políticas provocavam em alguns fieis. Na sua abordagem histórica, Weber sempre se preocupou com as circunstâncias para entender uma ou outra postura adotada pelo líder religioso. Durante o Império Romano, a religião cristã do amor fraterno, que renuncia a qualquer violência, é entendida não por interesse na reforma social, mas pela completa perda de preocupações políticas, ou seja, pelo desinteresse na luta guerreira por poder (Weber, 1963: 225). Durante a Reforma, a coexistência entre o ascetismo e as estruturas de poder como instrumentos da transformação ética do mundo não foram fáceis. A razão apontada por Weber é que, na luta pelo poder, na atividade política pública, as exigências da trama, dos acordos e compromissos políticos, provocariam um abandono ainda maior dos valores ascéticos do que aquele existente nas atividades econômicas orientadas para o enriquecimento (op.cit: 226).

As posturas diante da disputa agressiva ou da guerra também são múltiplas entre os protestantes (WEBER, op.cit: 228-230). Os Quakers, nos Estados Unidos, organizaram-se com o fundamento do pacifismo e prosperam ao lado dos indígenas sem jamais fazer recurso às armas ou à violência. Nas demais denominações, as atitudes variaram segundo a natureza da guerra em questão, ou para defender a liberdade religiosa contra uma autoridade política abusiva ou para participar da luta pelo poder político. Lutero rejeitou completamente as revoluções ou as guerras religiosas e absteve-se de participar do jogo pela dominação racional do mundo por exigir que esta seguisse as demandas eticamente racionalizadas. No Calvinismo, tornou-se uma obrigação religiosa a defesa, por meios violentos, da religião contra a tirania que impedisse a propagação ou a profissão da fé, mas apenas quando a autoridade religiosa tomasse a iniciativa da resistência com emprego da força. Nas religiões ou seitas que desenvolveram o empreendimento missionário como uma guerra, os praticantes embarcaram no projeto de uma revolução religiosa à qual responderam como um chamamento (calling), mesmo quando atuaram como mercenários. Portanto, os mais aguerridos militantes do evangelismo parecem ser os calvinistas e os puritanos, ou seja, os grupos calvinistas ingleses que foram denominados puritanos porque pretendiam purificar a Igreja Anglicana dos resíduos do ritualismo católico, aproximando sua liturgia do calvinismo. A ideia de purificação reforçou a ideia do mal absoluto a combater com todas as forças para que o bem purificado prevalecesse. Foram eles que povoaram os Estados Unidos e a África do Sul, onde a repressão a religiões não cristãs foi mais acentuada e a segregação racial tornou-se legal. Portanto,

a segregação parece harmonizar com a purificação ou a dicotomia entre o bem e o mal. O próprio Weber (1997, p. 188-189) afirma que:

> *"... o mundo da pureza e o mundo da impureza, de cuja mistura emanou o mundo empírico fragmentário, separam-se repetidamente em dois reinos à parte. A esperança escatológica mais moderna, porém, faz que o deus da pureza e da benevolência vença, tal como o cristianismo faz que o Salvador triunfe sobre o mal. A forma mais coerente de dualismo é a concepção popular mundial do céu e inferno, que restabelece a soberania de Deus sobre o espírito do mal, que é Sua criatura e com isso acredita que a onipotência divina está salva."*

De todo modo, a discussão sobre as relações entre religião e sociedade desde o início do século XX sempre abordou aspectos e temas que tornaram essa relação mais complexa e multifacetada, trazendo, inclusive para o debate entre religião e desenvolvimento econômico, entre religião e poder político, religião e espaço público aspectos que não eram anteriormente considerados, como a participação, a diversidade religiosa e a cultura cívica (MONTERO, 2006). A discussão sobre o processo de democratização, tanto no que se refere às práticas eleitorais, como no que se refere ao debate sobre a instituição de direitos de cidadania em vários setores da vida social, pode iluminar algumas das questões a serem aprofundadas.

Uma das possibilidades de interpretação e análise dos efeitos da religiosidade é estudar a relação entre os campos político e religioso para avaliar como a religiosidade pode afetar a participação cívica e as posturas diante do processo eleitoral representativo. Nessa dimensão, o debate tem se dado em torno das origens do jogo democrático nas várias instâncias de debate interno nas instituições religiosas, como as irmandades católicas ou os presbíteros que partilhavam as decisões por seus membros. Outro tema importante refere-se ao debate sobre a laicidade e a secularização, a tese weberiana mais criticada pelos sociólogos da religião que têm tratado do re-encantamento do mundo, ou seja, o retorno da religião para simbolizar ou justificar as práticas cotidianas, em especial a política.

Entretanto, pouco analisado é o tema que traz à tona as consequências da visão do mal absoluto que a crença no demônio traz para o senso comum ou a filosofia cotidiana que embasa as práticas sociais e forma a subjetividade individual. A ideia de que a crença no inferno e no diabo é importante para o crescimento econômico deve ser repensada, portanto, quando se tenta compreender como a religião impacta no desenvolvimento político do país, na consolidação de sua democracia, pois adquire outros aspectos negativos e ameaçadores no que concerne aos outros.

O Brasil é um país que se presta a pesquisas sobre tais temas e problemas justamente porque passa por tal processo de democratização e de afirmação de direitos, acompanhado de um crescimento notável de novas denominações religiosas, especialmente as neopentecostais, em detrimento das mais antigas adesões à Igreja Católica e às religiões afro-brasileiras, tais como o candomblé e a umbanda. O aumento da população que professa alguma das vertentes neopentecostais tem sido considerado diretamente proporcional à queda da população brasileira que professa a fé católica e cultos de candomblé e umbanda, embora mantenha-se o trânsito religioso de mão dupla entre estas religiões e os grupos neopentecostais.

Exatamente por ser um país cultural e religiosamente muito diverso, com várias religiões de matriz africana ou indígena, o Brasil se tornou um campo atraente para os reformadores que desejavam cristianizar ou purificar todos de modo a instituir se não a sociedade livre do mal absoluto, mas certamente as pessoas refugiadas na fé, protegidas pela batalha contra o mal. Após ser impedido pela Funai de continuar evangelizando indígenas do Brasil, o do missionário da Missão Novas Tribos do Brasil (MNTB), Onésimo Martins de Castro, assim explicou a decisão do órgão governamental em 1991:

> *Sabemos que por trás de tudo está o Príncipe das Trevas que, conforme a revelação de Deus no livro do Apocalipse, "desceu até vós cheio de cólera, sabendo que pouco tempo lhe resta". Ele sabe também que "quando o Evangelho for pregado em todo o mundo virá o fim", e ele e seus anjos serão lançados no lago de fogo e enxofre com todas as pessoas que seguem as suas artimanhas. Não é à toa que ele usa de todos os meios para adiar esse dia e uma de suas principais estratégias é impedir que o Evangelho seja anunciado, principalmente aos povos isolados. Todavia como o próprio Senhor Jesus profetizou, as portas do inferno não*

> *prevalecerão contra o avanço da Igreja e Deus não desistiu de se revelar também aos Zo'é. [...] A obra continua! E numa relação de parceria entre agências missionárias, igreja brasileira e igreja indígena prosseguimos para o alvo na certeza de logo vermos os índios Zo'é conhecerem a Palavra de Deus e terem sua expectativa messiânica plenamente satisfeita".* (CASTRO, 2008: 148; *apud*. RIBEIRO, 2015)

O mesmo dispositivo governamental não foi utilizado para proteger religiões de outras minorias étnicas, como as dos descendentes dos escravos africanos que passaram a ser objeto preferencial da evangelização no país. Pais e mães de santo, bem como os demais adeptos que se vestem de branco e carregam símbolos religiosos consigo, têm sido alvo de ofensas e agressões físicas. Templos de culto ou terreiros já foram destruídos em virtude da associação dessas religiões com práticas demoníacas e seus seguidores como seres incorporados pelo diabo. Para os pentecostais, segundo Lehmann (2013, p.18), "céu e inferno são de fato aqui na terra, e as Igrejas oferecem uma cura para as aflições do mundo mais do que um refúgio". Como escreveu anteriormente Alba Zaluar (1994), a crença no mal absoluto aponta para uma forma primitiva de explicar e combater o mal na pessoa do bode expiatório que nega o estado de direito:

> *"Quando são os outros os culpados pelo mal que nos atinge, e quando as crenças são transcendentes e absolutizadas, a ideia do mal vem associada à demonologia e à classificação dos inimigos, dos rivais, dos estranhos e dos diferentes como agentes do demônio. Muitas vezes, nesses casos, os inimigos não passam de bodes expiatórios que devem ser sacrificados para que a ordem ameaçada supostamente pela sua presença possa vir a vigorar novamente. Essa concepção do mal, associada a uma maneira de bloquear a violência através do sacrifício de alguém, é o que de mais primitivo as culturas humanas inventaram (Girard, 1981). No plano religioso, teria sido superada com o martírio do próprio Cristo que sofreu e morreu por toda a Humanidade, numa tentativa de apaziguá-la. No plano político, pela invenção do Estado e suas instituições de pena e castigo em nome de toda a sociedade, superando a vingança pessoal e de*

pequenos grupos. Nenhuma destas alternativas à violência sagrada foi completamente exitosa". (ZALUAR, 1994)

A outra questão que vincula a religião à política diz respeito às relações internas das congregações religiosas, reputados por Weber como matrizes importantes para entender a burocracia religiosa que se forma a partir das comunidades de fiéis para preservar a continuidade da ordem religiosa e seus funcionários (Weber, *op.cit*: 60-79). Mas as relações entre os líderes, a burocracia e a comunidade dos fiéis também é importante para avaliarmos os compromissos com a burocracia que as diferentes igrejas têm. Na questão religiosa está embutida a suposta oposição entre comunidade e sociedade, entre laços de dependência social e a autonomia individual tal como defendida pela ideologia do protestantismo. Porém, hoje está cada vez mais claro que esta dicotomia passa longe da real dinâmica social das sociedades ditas modernas ou mesmo pós modernas e pós industriais. Considerando sobretudo o sentido que a comunidade vem a adquirir para os que vivem em estados já institucionalizados ou mesmo em desenvolvimento, é possível constatar a permanência de comunidades, imaginárias ou não, com as quais as pessoas se identificam. As tensões se colocam entre os dois modelos por conta dos pactos patrimonialistas e clientelistas que surgem das combinações possíveis entre seus princípios e regras. Por isso Bertrand Badie se refere à cultura comunitária do político, ou seja, aquela em que o espaço político remete ao grupo interno mais do que ao exterior ou ao território nacional, às relações interpessoais de lealdade ou dependência mais do que a um sistema abstrato de regras e de delegações. (BADIE, 1991: 119-123) O resultado desse hibridismo é a segmentação clara entre grupos de interesse que se digladiam para obter vantagens ou privilégios.

Por fim, há a constatação de que, por afirmar a responsabilidade individual no sucesso e no enriquecimento, por afirmar a superioridade moral e intelectual dos seguidores da igreja (e só deles), a evangelização acabou por criar a exclusão dos mais humildes, dos não brancos/europeus do campo político da cidadania, como ficou patente nos sistemas de segregação social nos Estados Unidos e na África do Sul, países colonizados por grupos puritanos e batistas ingleses e holandeses. O debate aberto, igualitário e plural foi erigido apenas dentro da comunidade religiosa, assim como a eleição do presbítero era reservado aos fiéis frequentadores da igreja (HERMET, 1991: 136-8).

Aos humildes fieis restou a obediência aos preceitos religiosos no que dizia respeito ao "caminho direito" ou à vida moralmente correta.

Inegável, porém, é a persistente postura destemida e aguerrida dos que desenvolveram a propagação dos Evangelhos, daí a denominação geral de evangélicos, na defesa de seus valores e interesses religiosos, econômicos e políticos, também presente na atuação da Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional.

Evangélicos no Parlamento Brasileiro

Analisando o discurso dos parlamentares evangélicos no Brasil, pode-se ter um panorama dos propósitos, ambivalências e conflitos que pode trazer a postura da evangelização para construir um mundo sem mal quando exercidos numa esfera política híbrida como a brasileira. Esta abarca várias formas de dependência pessoal ou clientelismo em comunidades, mesmo mantendo a adesão ao individualismo; aceita meios informais ou ilegais para conquistar e manter-se em posições estratégicas do poder, um mal validado pela causa maior, ou seja os fins justificando os meios.

A bancada evangélica adquiriu proeminência e votos por sublinhar a defesa da família tradicional, como na defesa da vida de embriões e fetos, na paz doméstica, apoiando exclusivamente a família heterossexual construída no casamento religioso. Por isso, a ação parlamentar dela tem se caracterizado pela oposição ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, contra o aborto, contra pesquisas científicas feitas com embriões. Recentemente, o deputado evangélico Eduardo Cunha apresentou o Projeto de Lei 5.069 que dificulta o aborto até mesmo para mulheres vítimas de estupro. Esta atividade legislativa poderia ser entendida como conservadorismo a favor da vida e dos "bons costumes", numa tentativa evidente de moralizar as práticas sociais da população brasileira na qual as uniões são no mais das vezes informais e temporárias.

No outro lado da moeda, no entanto, a atividade parlamentar está longe de defender a vida e a paz. Membros da mesma bancada têm defendido temas como a redução da maioridade penal, a revogação do estatuto do desarmamento e a intervenção militar de Israel no Oriente Médio. A redução da maioridade para 16 anos permitiria processar e julgar como adultos adolescentes para

dar-lhes penas de perda da liberdade, ou seja, colocá-los em prisões, longe de suas famílias, na companhia de criminosos adultos. A revogação do estatuto do desarmamento teria a consequência indiscutível de colocar mais armas em circulação, portanto mais acessíveis, para todos os que pretendem ou gostam de resolver conflitos pelo confronto armado. O compromisso com o bélico também torna-se evidente na defesa da intervenção militar de Israel, país com o qual a identificação religiosa surpreendentemente se acentua, embora o Cristianismo tenha surgido em conflito com o Judaísmo, mas que se encaixa na atual exaltação de recursos bélicos e da guerra para vencer os adversários.

Os discursos dos deputados evangélicos no Congresso Nacional têm servido para difundir argumentos bíblicos que justificam tais posturas bélicas, como veremos a seguir. Com relação à redução da maioridade penal, há indícios de que nem tudo advém dos princípios morais ou da ideologia religiosa. Interesses econômicos também movem os congressistas.

Discursos sobre a Redução da Maioridade Penal

A aprovação da tramitação da PEC 171/1993, que permite a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), teve o apoio de 41 deputados, 8 da Frente Parlamentar Evangélica (tabela abaixo). Apenas um evangélico votou contra (Aguinaldo Ribeiro, PP-PB, da Igreja Batista).

Evangélicos que votaram favoravelmente na redução da maioridade penal na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ)

Deputado	Partido	Igreja
João Campos	PSDB-GO	AD
Lincoln Portela	PR-MG	BAT
Marcos Rogério	PDT-RO	AD
Pastor Eurico	PSB-PE	AD
Paulo Freire	PR-SP	AD
Professor Victório Galli	PSC-MT	MT
Ronaldo Fonseca	PROS-DF	AD

Silas Câmara	PSD-AM	AD

Fonte: Câmara Federal

Foi aprovado no primeiro turno de votação na Câmara Federal, no dia 02 de julho de 2015, o texto elaborado pelos deputados Rogério Rosso (PSD-DF) e André Moura (PSC-SE). A aprovação da emenda à proposta da redução da maioridade penal, PEC 171/1993 ocorreu com o placar de 323 votos favoráveis e 155 contrários. Os deputados da Frente Parlamentar Evangélica votaram da seguinte forma:

Votação dos deputados da FPE sobre a PEC 171/1993 durante o primeiro turno no Plenário da Câmara dos Deputados.

Favoráveis	Contrários	Não votaram
55	9	10

Fonte: Câmara Federal – CENIN Coordenação do Sistema Eletrônico de Votação.

Majoritariamente os deputados da Igreja Universal votaram a favor. A maioria dos assembleianos também foi favorável à PEC. Contudo, muitos batistas, metodistas e presbiterianos foram contrários ou não votaram durante a sessão extraordinária.

No momento da criação da PEC 171/1993 foram utilizados argumentos bíblicos para justificar o seu conteúdo, abstraindo do contexto social, econômico e político em que foram escritos, o que vem a ser o princípio do fundamentalismo religioso que busca ordenar toda a sociedade atual por tais preceitos bíblicos. A proposta inicial foi criada pelo ex-deputado federal Benedito Domingos (PP-DF), que exerce a função de pastor presidente da Assembleia de Deus, a igreja com mais membros nessa votação. No texto, o deputado coloca citações do Velho Testamento:

> *"A uma certa altura, no Velho Testamento, o profeta Ezequiel nos dá a perfeita dimensão do que seja a responsabilidade pessoal. Não se cogita*

> *nem sequer de idade: " a alma que pecar, essa morrerá " (Ez. 18). A partir da capacidade de cometer o erro, de violar a lei surge a implicação: pode também receber a admoestação proporcional ao delito – o castigo. Nessa faixa de idade já estão sendo criados os fatores que marcam a identidade pessoal." (Diário da Câmara dos Deputados, p. 23063, 27/10/1993).*

A passagem do Velho Testamento sobre o legado de Davi também é utilizada para fundamentar a elaboração de penas para menores que cometem crimes.

> *Ainda referindo-se a informações bíblicas, Davi, jovem, modesto pastor de ovelhas, acusa um potencial admirável com o seu estro de poeta e cantor dedilhando a sua harpa mas, ao mesmo tempo, responsável suficientemente para atacar o inimigo do seu rebanho. Quando o povo de Deus estava sendo insultado pelo gigante Golias, comparou-o ao urso e ao leão que mata com suas mãos, afirma o texto. (Diário da Câmara dos Deputados, p. 23063, 27/10/1993).*

Ainda orientado por pelos ensinamentos bíblicos, o autor utilizada no final da passagem a seguinte citação de Provérbios 22:6, com o propósito de justificar a redução como elemento complementar do que considera "processo educativo",

> *Caso não se contenha o engano que ainda subsiste, talvez nos venha a ser difícil calcular que tipo de pais teremos nos próximos cinco ou dez anos, quando já não apenas cremos que nos preocupar com a reabilitação de jovens, mas já estaremos vendo as idades menores contaminadas e o pavor em nossas ruas, escolas e residências marcando indelevelmente a vida nacional. Salomão, do alto de sua sabedoria, dizia: "Ensina a criança no caminho em que deve andar, e ainda quando for velho não se desviará dele". (Diário da Câmara dos Deputados, p. 23064, 27/10/1993).*

Outros deputados evangélicos empregam argumentos leigos e pragmáticos para justificar o apoio à redução da maioridade penal, tais como a vontade popular que deve ser respeitada ou a participação dos menores no quadro da violência urbana. A imagem que constroem desses jovens é a de pessoas cruéis e assassinas que não merecem a proteção do Estado, apostando no encarceramento e na vingança punitiva para resolver o problema.

> *Muito se tem discutido a respeito, com estudiosos com argumentos fortes contra e a favor, mas temos que levar em conta o anseio popular. A ampla maioria defende a tese de que temos que pensar seriamente num meio termo que venha a frear o sentimento de impunidade entre menores que são usados pelo crime organizado como ponta de lança do tráfico e em crimes de sequestro, pelo destemor que exteriorizam, talvez pela certeza da impunidade. Dep. Pastor Marco Feliciano (PSC-SP). Diário da Câmara dos Deputados (010.1.55.O. 11/12/2015).*

> *Anteontem um coitadinho de 15 anos de idade pegou um revólver calibre 38 e deu um tirinho na cabeça de um disciplinário do seu colégio, assassinando-o. Coitadinho desse menino de 15 anos que assassinou brutalmente o disciplinário do colégio! Que dó! Nós temos que pegar esse menino, colocá-lo no colo, tratá-lo, dar mamadeira, dar Leite Ninho, dar leite em pó. (...) Pela maioridade penal aos 16 anos!. Dep. Lincoln Portela (PR-MG). Diário da Câmara dos Deputados (054.1.55.O. 30/03/2015).*

> *Sr. Presidente, 99% das pessoas que participaram dessa enquete em meu site optaram pela redução da maioridade penal. Dessas 99%, Sras. e Srs. Deputados, 65% responderam que, independentemente da idade, quem cometer crime deve responder por seus atos perante a Justiça. Esse é o anseio da população, Sr. Presidente! Dep. Vinicius Carvalho (PRB-SP). Diário da Câmara dos Deputados (056.1.55.0. 31/03/2015).*

> *Todo brasileiro, todo ser humano de boa consciência, sabe que aos 16 anos existe capacidade mental completa para fazer a distinção entre o bem e o mal. Quem planta o mal colhe o mal. Quem planta o bem colhe o bem. Dep. Pastor Franklin (PTdoB-MG). Diário da Câmara dos Deputados (233.1.55.O 20/08/2015).*

Contudo, outros deputados que compõem a Frente Parlamentar Evangélica manifestaram uma postura contrária ao projeto da redução da maioridade penal discursando sobre os altos custos do encarceramento versus o baixo custo da prevenção da violência baseada na educação, ou sobre as recomendações internacionais para a questão:

> *Se o Governo não gasta 300 reais com a criança na creche, se o Governo não gasta 300 reais com a criança em projeto social, o Governo jamais gastará 2 mil reais com um garoto preso num presídio, ali vivendo, infelizmente, uma vida totalmente dominada pela criminalidade. Então, o Estado é falho, o Estado é omisso. Nós não temos que diminuir a maioridade penal, não. Dep. Washington Reis (PMDB-RJ). Diário da Câmara dos Deputados (136.1.55.O.3. 02/06/2015)*

> *Estudo do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), intitulado "Porque dizer não à redução da idade penal", divulgou que, dentre 53 países, 42 adotam a maioridade penal aos 18 anos ou mais. Adotada pela maioria, isso é fruto das recomendações internacionais, que sugerem um regime jurídico/penal especializado. Conquanto, nos 54 países que, como os Estados Unidos, adotaram a redução da maioridade penal, não houve diminuição da violência. Votei "não" à redução da maioridade penal. Voto "sim" pela vida. Voto "sim" pela educação integral! Voto "sim" por mais ensino profissionalizante, investimento em esporte! Voto "sim" pela valorização da família, capaz de reverter esse quadro de desajuste social. Dep. Aureo (SD-RJ). Diário da Câmara dos Deputados (194.1.55.O 09/07/2015).*

> *Porém, no mês do aniversário do ECA, ocorre a corrida para aprovação da redução da maioridade penal. Podemos dizer que é a mais drástica alteração nas políticas voltadas para crianças desde 1927 (quando foi sancionado o Código de Menores). Este não é o assunto que deveríamos debater neste momento, mas sim a elaboração e execução de um projeto de maior abrangência, com mais educação e eficiência capaz de ressocializar o jovem e oferecer-lhe oportunidades de tornar-se um cidadão cumpridor de seus direitos e deveres. Precisamos de mais escolas e não mais cadeias. Deputada Benedita da Silva (PT-RJ). Diário da Câmara dos Deputados (205.1.55.O 16/07/2015).*

Por fim, alguns parlamentares evangélicos favoráveis ao projeto da redução: Silas Câmara (PSD-AM) e João Campos (PSDB-GO) foram financiados por empresas criadas para gerenciar presídios privatizados. Silas Câmara recebeu elevadas doações de campanha da empresa Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda, Fiel Vigilância Ltda., e João Campos da Gentleman Segurança Ltda[159]. Essas evidências sugerem a associação entre a diminuição da maioridade penal, o estatuto do desarmamento e a aposta no encarceramento como balizas da política de segurança apoiada por deputados evangélicos, assim como outros não evangélicos.

Estatuto do Desarmamento

A ambivalência na defesa da vida, com a qual os deputados evangélicos desejam se apresentar discursivamente, aparece também no fundamento jurídico utilizado hoje por alguns deputados evangélicos, entre outros os da Frente Parlamentar da Segurança Pública, vulgo "bancada da bala". O principal argumento é o da "vontade popular" para justificar a revogação do Estatuto do Desarmamento, um argumento político e pragmático que dista do discurso religioso.

[159] De acordo com os dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), na seção "Consulta aos Doadores e Fornecedores de Campanha aos Candidatos", nas eleições de 2014, Silas Câmara recebeu o montante de R$ 200 mil reais da Umanizzare, via transferência no dia 21/08/2014 e R$ 210 mil reais da Fiel Vigilância Ltda, mediante transferência no dia 22/08/2014 . O deputado João Campos recebeu do Grupo Gentleman Segurança Ltda., empresa de escolta armada, a quantia de R$ 150 mil reais, transferência realizada no dia 03/10/2014[159]. Campos é o atual presidente da Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional.

Contudo, de acordo com a amostra realizada, alguns membros de igrejas tradicionais históricas e pentecostais não são favoráveis à revogação deste Estatuto.

Salmos bíblicos também foram utilizados por deputados desta Frente para justificar o Projeto de Lei 986/2015 do deputado Rogério Peninha Mendonça, PMDB-SC, que não é evangélico. O Projeto de Lei em questão trata do Estatuto do Desarmamento, com a proposta de revogar a lei, flexibilizando as regras sobre o porte e a venda de armas.

O texto-base, que adquiriu um novo nome - Estatuto de Controle de Armas de Fogo - e revoga o Estatuto do Desarmamento anterior, foi aprovado na Comissão especial em outubro de 2015, mas ainda deve ser analisado pelo Senado e pelo Poder Executivo. Por ele, todos os cidadãos que cumprem os requisitos mínimos exigidos na nova lei, têm o direito de portar armas de fogo para legítima defesa e proteção do patrimônio. O novo texto também reduz de 25 para 21 anos a idade mínima para compra de armas que, entretanto, não podem ser portadas em qualquer lugar. O porte de armas hoje é exclusivo de categorias profissionais das Polícias existentes no país, excetuando as Guardas Municipais de algumas cidades, como o Rio de Janeiro, além de membros do Judiciário. Pelo novo projeto de lei, o porte se estenderia a deputados e senadores.[160]

O documento foi aprovado no dia 27 de outubro de 2015, por 19 votos a 8. O texto-base do substitutivo apresentado pelo deputado Laudivio Carvalho (PMDB-MG) aos projetos de lei (3722/12 e apensados) revoga o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). Com o nome de Estatuto de Controle de Armas de Fogo, o novo projeto assegura a todos os cidadãos que cumprirem as condições mínimas exigidas em lei o direito de ter a posse de armas de fogo para legítima defesa ou proteção do próprio patrimônio. Atualmente, a lei sobre o desarmamento prevê que o interessado declare a necessidade do porte de armas, sendo a permissão negada ou recusada pelo órgão responsável pela expedição da licença.

Deputados que fazem parte da Frente Parlamentar Evangélica manifestaram apoio à revogação do Estatuto do Desarmamento, conforme demonstram os fragmentos dos seguintes pronunciamentos:

160 Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/498921-COMISSAO-ESPECIAL-APROVA-TEXTO-BASE-DE-PROPOSTA-QUE-REVOGA-O-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO.html

O Estatuto do Desarmamento está em pleno vigor. Lá está previsto que qualquer cidadão do povo - qualquer cidadão do povo! - pode comprar uma arma para defender sua propriedade, sua família. A imprensa insiste em desvirtuar o texto do Estatuto do Desarmamento. Se cumprirem os quatro requisitos, ou seja, provar uma necessidade, fazer um exame psicotécnico, fazer uma prova de habilidade técnica, um curso de tiro, e não ter antecedentes criminais, qualquer um do povo pode pleitear o direito de portar uma arma para defender sua propriedade. Anunciei aqui, semana passada, que daria entrada num projeto de lei para que essa prerrogativa também fosse dada a Deputados e Senadores que quiserem portar arma. Ora, eu tenho perguntado àqueles mais conservadores e aos desarmamentistas qual o prejuízo que irá causar ao povo brasileiro o Parlamentar usar uma arma de fogo. Dep Alberto Fraga (DEM-DF). Diário da Câmara dos Deputados (070.1.55.O / GE / 14/04/2015).

A maioria, na pesquisa registrada anteriormente, era de 87%. Na pesquisa nova, 90,4% da população brasileira quer que se reduza a maioridade, também para a gente não ver jovens marginais, sendo utilizados por ladrões e traficantes; agora, que a gente possa ver educação, a gente possa ver saúde, a gente possa ver os meios sociais trabalhando para que os de 16, de 15 anos, também não adentrem no mundo da perdição. Eu votei com a maioria da população brasileira, como vou votar para derrubar esse Estatuto do Desarmamento que a maioria da população brasileira já reprova. Dep. Gonzaga Patriota (PSB-PE) Diário da Câmara dos Deputados (184.1.55.O / PE / 03/07/2015).

Sr. Presidente, como a segurança pública é uma das minhas bandeiras nesta Casa, eu gostaria que fosse dado o direito de autodefesa a toda a sociedade. É nesse sentido que eu pretendo trabalhar nesta Casa pela revogação do Estatuto do Desarmamento, pois entendo que é um direito de todo cidadão brasileiro, do cidadão de bem possuir uma arma de fogo

em casa para defender a si próprio, a sua família e ao seu patrimônio. Dep. Eduardo Bolsonaro (PSC-SP). Diário da Câmara dos Deputados (120.1.55.O / PE / 21/05/2015).

Um trabalho de campo com lideranças evangélicas na cidade de Pelotas/RS foi realizado em 2015 com o intuito de conhecer a opinião dos entrevistados sobre as posições defendidas pelos deputados da Frente Parlamentar Evangélica. No tema da segurança pública, mais especificamente o Estatuto do Desarmamento", assunto amplamente discutido na Câmara dos Deputados nos últimos anos, foi possível perceber que fiéis e lideranças nas igrejas não seguem o discurso dos deputados evangélicos, o que nega o argumento da vontade popular aferida em inquéritos quantitativos com perguntas de múltipla escolha, ou seja, sugerindo a resposta. Ao contrário dos deputados evangélicos, a tônica das falas dos fiéis e lideranças é a defesa da vida.

"Olha, sobre isso, o que eu vou te dizer, eu sou favorável ao desarmamento, o porte de uma arma pode virar uma tragédia para a família, e sempre tem aquela questão do usuário de drogas, que vai praticar um furto com uma arma, então eu acho que precisam existir leis para coibir o comércio de armas. (Entrevistada A.T.: obreira da Igreja Universal do Reino de Deus - IURD)"

"Eu acho que o desarmamento é a solução, a gente olha tanta coisa hoje em dia na tevê e no jornal, é tanto crime, as pessoas precisam da salvação, então essas pessoas que portam armas, que cometem um crime, elas precisam encontrar a palavra de Deus, a Igreja da Graça ajuda no lado espiritual, mas a lei do desarmamento, alguma regra, também deve ser feita para evitar os assaltos, aquele garoto que já entrou no mundo do crime, que acha legal ter uma arma, então eu sempre vou ser favorável ao desarmamento (Entrevistada G.L: pastora da Igreja Internacional da Graça de Deus - IIGD)".

"Eu vou dizer uma coisa pra ti, falando por mim né, a minha opinião seria não armar o povo, parece antagônico isso, por quê? Porque eu sou um pastor [Relata a sua experiência na juventude sobre as ameaças que sofreu de outros jovens. Pensou em comprar um revólver, mas desistiu, lembrou que era evangélico e se defendeu apenas usando um facão]. Tô com 54 anos, até hoje eu não usei arma de fogo, Deus tem me guardado (Entrevistado P.I: pastor da Igreja Assembleia de Deus - AD)".

.

"Eu particularmente sou a favor desse desarmamento, eu como cidadão sim, sou a favor, e procuro orientar aquelas pessoas às quais eu tenho alguma influência como líder espiritual de que evitem serem portadores, no aspecto de que hoje já se perdeu o controle, por mais que a gente sabe que hoje tá muito forte ai nas redes sociais, que se desarmou o cidadão comum e se armou o bandido, mas nós entendemos que não é armando o cidadão comum que vai acabar a violência, eu parto do princípio que talvez fosse gerar uma violência maior ainda" (Entrevistado A.L.T: pastor da Igreja Batista - BAT).

"Eu apoio o desarmamento, eu acho que é uma questão bem polêmica, mas eu acho que você ter armas em casa não vai te dar mais segurança, quanto mais armas, quanto mais armada a população, está maior a probabilidade de haver crimes e ai crimes contra a mulher, porque diz se que "Ah, a população tem o direito de se defender", o argumento daqueles que defendem que as armas sejam liberadas né , mas eu entendo que o maior armamento não vai trazer maior segurança, não, acho que a gente tem que realmente (...) né, porque mesmo armado tem que saber manejar, tem que saber, as pessoas não, o que vai enfrentar, por exemplo, os bandidos, né, com arma? Isso é uma ilusão, isso só interessa a indústria armamentista. [Informo neste momento da entrevista que a bancada evangélica é a favor da redução da idade para a compra de armas] Eu nem sabia que a bancada evangélica era a favor (...) Como é que podem? Defendem a paz, defendem um discurso e vão botar arma na mão das

pessoas? (Entrevistado L.E: pastor da Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil - IECLB)".

Discursos da Frente Parlamentar Evangélica sobre Israel

Nos seus discursos políticos, os deputados evangélicos descrevem Israel como a "Terra Prometida", um Estado criado através de uma "visão profética", o "berço da salvação" de um povo escolhido por Deus. No plano político, não poupam elogios ao Estado de Israel, como um exemplo de democracia tolerante, e que, justamente por ser uma democracia cercada de regimes vistos como autoritários senão totalitários, deve ter o direito de se defender belicamente de qualquer ataque externo.

Mas não é só isso. Por ser considerado o povo "escolhido" por Deus, e por todo o contexto de formação do estado, o atual governo de Israel representa um exemplo a ser seguido pelos evangélicos em termos políticos, econômicos, religiosos e tecnológicos, por praticar o etos de guerra contra o inimigo, isto é, os palestinos e demais muçulmanos vizinhos. Diante deste inimigo que, nesta visão guerreira, pretende estorvar o avanço do bem e a expansão da nação, vale o emprego da violência para vencer esmagando qualquer resistência.

O apreço que os evangélicos demonstram pela nação israelense tem sido apresentado como algo que deve ser preservado, pois a história do povo judeu está na Bíblia, no Velho Testamento que vem sendo usado intensamente como suporte para as posições mais conservadoras e fundamentalistas das propostas legislativas que apresentam. Mas interesses econômicos e políticos estão presentes, não explicitamente, neste apoio.

Hoje, Israel, além de ser um Estado economicamente poderoso, é o centro das atenções do mundo. Quase todas as religiões estão ali representadas e existe uma grande expectativa mundial em relação ao que lá acontece. Infelizmente, há palestinos que se recusam a reconhecer a existência do Estado de Israel, fato hoje incontestável. Além disso, o apoio irrestrito dos Estados Unidos à política israelense e a ojeriza popular a tudo que se refere à cultura islâmica, especialmente após os atentados ao World

Trade Center e ao Pentágono, provocam ainda mais os nacionalismos muçulmanos, da Líbia ao Iraque, em que pese o apoio de boa parte das monarquias árabes aos EUA. Não obstante tais conflitos, e apenas para relembrar, Sr. Presidente e nobres pares desta casa, sabemos que quando o Senhor chamou Abraão e prometeu-lhe que sua descendência formaria uma grande nação essa era uma promessa física, a qual o Senhor cumpriu no decorrer dos séculos. Quando os judeus saíram do Egito em direção à terra prometida, estavam próximos dos 3 milhões de pessoas. Em Canaã tiveram a oportunidade de desfrutar da melhor forma de governo que já existiu, a teocracia: eram governados pelo próprio Deus. O Senhor, porém, fiel às promessas feitas a Abraão, levantou uma nova Israel, uma nação espiritual, formada pelos eleitos espalhados sobre a face da terra. São homens e mulheres que aceitaram o sacrifício de Cristo, reconhecendo-o como seu único e suficiente Salvador. E desse Israel eu também faço parte. Portanto, oremos pela paz em Israel. Amemos Jerusalém, porque é o berço da nossa salvação. Dep. Milton Cardias (PTB-RS). Diário da Câmara dos Deputados (029.3.52.E / PE / 12/02/2004).

Seria por demais extenso relatar aqui todos os fatos que marcaram a trajetória desse povo, desde a Diáspora até a institucionalização do Estado judaico. É pertinente, porém, lembrar que a luta pelo retorno à Terra Prometida intensificou-se com o holocausto, quando milhões de judeus foram massacrados em toda a Europa, entre 1930 e 1945. (...) A despeito de todos os entraves, inclusive o anti-sionismo, ainda enraizado em muitas culturas, o Estado de Israel, estabelecido como nação independente do povo judeu, em sua Terra Prometida, é hoje fato consumado no cenário político e jurídico internacional... As transações comerciais com o Brasil, porém, muito embora apresentem sinais sensíveis de crescimento, ainda são muito incipientes. Pastor Pedro Ribeiro (PMDB-CE). Diário da Câmara dos Deputados (130.3.52.O / HO / 15/06/2005)

> *Descobertas e avanços científicos de Israel servem de inspiração para o mundo. Israel é o deserto que floresceu. Israel é o milagre em forma de país! Israel produz grandes quantidades de flores, principalmente para exportação, e é um dos maiores produtores do mundo. Como se explica o deserto florescer desta forma? ... Só há uma explicação para tudo isso: estamos falando da Terra Prometida. Na Bíblia Sagrada no Livro de Isaías, Capítulo 35, versos 1 e 2 encontramos a promessa de Deus para Israel, está escrito: "O deserto e o lugar solitário se alegrarão disto; e o ermo exultará e florescerá como a rosa.(...)*[161]*." Dep. Roberto de Lucena (PV-SP). Diário da Câmara dos Deputados (144.4.54.O / HO / 21/05/2014).*

Outros estudos direcionados para a compreensão da ação de pentecostais e neopentecostais na política têm escrito sobre a postura simpática dos evangélicos até mesmo sobre as incursões militares de Israel no Oriente Médio, apontando para uma interpretação de textos bíblicos e profecias acentuadamente a favor de triunfos bélicos e dominação israelense sobre outros povos que habitam o Oriente Médio, o que os invalida como mediadores da paz nessa região (BATISTA, 2009, p. 317).

Os seguintes discursos provenientes de parlamentares evangélicos identificados durante as sessões legislativas na Câmara corroboram esta tese:

> *Após séculos de diáspora, a nação israelita finalmente consegue fixar-se em um território, hoje o Estado de Israel. Todavia, o processo não foi pacífico, sendo obrigado o povo de Israel a defender com empenho seu território em inúmeras ocasiões.(...) A fundação do Estado de Israel não foi pacífica. Imediatamente após sua criação, os países árabes vizinhos investiram contra o recém-fundado Estado. Apesar dos parcos recursos militares ainda em formação, o povo de Israel defendeu bravamente sua soberania, rechaçando os exércitos árabes. (...) Além dos confrontos com*

[161] Grifo dos autores.

os vizinhos, Israel também tem enfrentado o terrorismo. Paralelamente ao objetivo de pôr fim ao Estado de Israel pela via militar, grupos extremistas árabes também promoveram sucessivos atentados contra Israel e cidadãos israelenses pelo mundo. Dep. Costa Ferreira (PSC-MA). Diário da Câmara dos Deputados (123.2.53.O / PE / 03/06/2008).

O estado permanente de alerta marca a vida dos habitantes da região nesses anos todos, com sucessivos surtos mais explícitos de ação bélica, que somente têm servido para acirrar ainda mais os ânimos. Apesar dessa necessidade de manutenção de uma estrutura militar poderosa, para se defender, o povo do Estado de Israel conseguiu, nestes 61 anos, edificar um país moderno e progressista. Dep. Marcelo Crivella (PRB-RJ). Diário da Câmara dos Deputados. (163.3.53.O / HO / 30/06/2009)

Querem transformar o Estado de Israel num algoz, responsável por tudo que acontece de ruim na Faixa de Gaza, e esquecem que o Estado de Israel foi constituído em Estado, com reconhecimento da ONU, e que em 1948 presidia a Assembleia Geral um brasileiro, Oswaldo Aranha. Portanto, nós temos que ter cuidado nessa situação. É tempo de guerra, mas nós não podemos deixar, Sr. Presidente, de observar que essa é uma situação complicada, difícil, e que o povo judeu, o Estado de Israel tem todo o direito de se defender. (...) Temos orado constantemente para que a paz reine em Jerusalém para o povo judeu e em toda aquela região. Mas não podemos, em hipótese alguma, colocar o Estado de Israel nessa situação, até porque o Hamas é uma entidade terrorista, que tem prejudicado o mundo inteiro, que não está respeitando os direitos dos Estados, e coloca crianças em situação de dificuldade. Dep. Lourival Mendes (PTdoB – MA). Diário da Câmara dos Deputados (209.4.54.O / OD / 06/08/2014).

A posição adotada pelos deputados federais evangélicos na Câmara sobre o Estado de Israel passou a constituir um dos elementos de análise neste trabalho no momento em que foi possível

identificar a proximidade ideológica entre este segmento religioso com as políticas empreendidas pelos israelenses, culminando nas atitudes simpáticas à doutrina sionista de intervencionismo, conforme foi verificado neste artigo. Os evangélicos sempre manifestaram interesse e tomam lado nas questões relativas ao Estado de Israel, sejam elas de ordem política, econômica ou até mesmo militar.

A estima de lideranças evangélicas por Israel não é um fenômeno que ocorre somente no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, existe um movimento composto por evangélicos defensores de Israel denominado Sionismo Cristão. Este movimento defende a existência do Estado de Israel e entende que qualquer ato desta nação é entendido como um ato de Deus, uma orientação divina, produzida pelo "povo escolhido". Assim como para os sionistas cristãos, para os evangélicos brasileiros, qualquer ataque contra Israel deve ser repudiado, e sua reação deve ser entendida como uma atitude de um Estado soberano que se posiciona contra seus inimigos.

O neopentecostalismo no Brasil, representado principalmente pela Igreja Universal do Reino de Deus, tem adotado uma postura teológica próxima do judaísmo. Na inauguração do Templo de Salomão da Igreja Universal em São Paulo, o bispo da denominação Edir Macedo optou por um novo visual, vestindo *talit* e *quipá*, indumentária tradicionalmente judaica. Na ocasião ainda foi executado o hino de Israel durante a liturgia. Esses elementos corroboram a crescente afinidade dos discursos dos evangélicos e do judeu sionista, pois os evangélicos constantemente têm revelado que a orientação que recebem do Antigo Testamento vai repercutir no comportamento e nos costumes que emanam da análise das passagens bíblicas que abordam, de alguma forma, acerca da saga do povo judeu e o seu papel enquanto "povo escolhido". Os discursos dos evangélicos e o discurso do sionista, em diversos momentos, recorrem aos mesmos substratos que estão contidos nas Escrituras Sagradas, adotando uma interpretação textual similar sobre os dogmas confessionais.

Considerações finais

Não é o propósito deste artigo fazer um julgamento dos parlamentares evangélicos como se todos estivessem comprometidos com uma postura belicista e seus correspondentes discursos. Há deputados não evangélicos que são igualmente extremados na defesa dessas deliberações

legislativas mais conservadoras e repressivas. Nem tampouco concluir que os deputados evangélicos almejam controlar toda a sociedade e o estado por meio dessa legislação. No entanto, a tradição do estado intervencionista e demiurgo de transformações no Brasil deixa uma preocupação para quem não quer o retrocesso que essas mudanças trarão. Há também os discursos da Frente Parlamentar Evangélica que contradizem, mesmo se opondo aos fiéis e pastores não parlamentares, as posturas a favor da família, da harmonia e da paz. Seus discursos em prol das armas, da prisão de adolescentes e da intervenção militar de Israel negam este discurso pela paz ao assumirem a defesa da ordem pela ordem, mesmo que com a repressão maior aos adolescentes, com o apoio ao atual governo belicista de Israel e com o maior acesso a armas de fogo no Brasil. Sem dúvida, os parlamentares evangélicos que optaram pela política neste mundo tentam estabelecer uma influência direta nesses assuntos, antes não explorados pelos cristãos protestantes. Uma inovação no lugar que ocupavam na política brasileira, dessa vez a favor de um estado mais despótico e mais de acordo com a direita evangélica nos Estados Unidos de onde vieram os missionários para o Brasil[162].

Referências:

ARENARI, Brand. 2015. "América Latina, pentecostalismo e capitalismo periférico Aproximações teóricas para além do culturalismo", Em: *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 3, p. 514-527.

BADIE, Bertrand. 1991: "Communauté, Individualisme et Culture". *Sur l'Individualisme*. Références : Paris.

[162] Os resultados dessa posição da direita nos Estados Unidos foi resumida da seguinte forma: "Other industrial democracies, even those with significant crime problems of their own, are much less punitive: our incarceration rate is 6.2 times that of Canada, 7.8 times that of France, and 12.3 times that of Japan. We have a corrections sector that employs more Americans than the combined work forces of General Motors, Ford, and Wal-Mart, the three largest corporate employers in the country, and we are spending some $200 billion annually on law enforcement and corrections at all levels of government, a fourfold increase (in constant dollars) over the past quarter century. Never before has a supposedly free country denied basic liberty to so many of its citizens. In December 2006, some 2.25 million persons were being held in the nearly 5,000 prisons and jails that are scattered across America's urban and rural landscapes. One third of inmates in state prisons are violent criminals, convicted of homicide, rape, or robbery. But the other two thirds consist mainly of property and drug offenders. Inmates are disproportionately drawn from the most disadvantaged parts of society. On average, state inmates have fewer than 11 years of schooling. They are also vastly disproportionately black and brown." (Loury, 2007).

BADIE, Bertrand & SADOUN, Marc. 1996. *L'Autre*. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques : Paris.

BARRO, Robert J. & MCCLEARY, Rachel M. 2003. "Religion and Economic Growth". *American Sociological Review*, Vol. 68, No. 5, pp. 760-781. Publicado também em *NBER Working Paper Series*, Vol. w9682. Disponível em SSRN: http://www.nber.org/papers/w9682

BASTIAN, Jean-Pierre. (1999), Los nuevos partidos políticos confesionales evangélicos y su relación con el Estado en América Latina. *Estudios Sociológicos*, vol. 17, n. 49, p. 153-173

BOTTOMORE, Tom; OUTHWAITE, William; GELLNER, Ernest;] & TOURAINE, Alain. 1993. *Dicionário do Pensamento Social do século XX*, Editoria Brasileira de LESSA, Renato & SANTOS, Wanderley Guilherme. Jorge Zahar Editores: Rio de Janeiro.

CODATO A. N. & OLIVEIRA, M. R. de. "A marcha, o terço e o livro: catolicismo conservador e ação política na conjuntura do golpe de 1964". *Revista Brasileira de História*, vol.24, no 47, 2004, pp. 271-302.

DIAS DUARTE, Luiz Fernando. 2014. Religião e Conflitos de Valor na Sociedade Brasileira Contemporânea, *Debates do NER*, Porto Alegre, ano 15, n. 26, p. 69-84.

FERNANDES, Rubem Cesar. et al. (1996). *Novo Nascimento. Os Evangélicos em Casa, na Igreja e na Política*. Rio de Janeiro: Mauad.

FONSECA, Alexandre Brasil. (1996), *Surge uma nova força política: A Igreja Universal do Reino de Deus nas eleições de 1994*. Rio de Janeiro: mimeo.

FRESTON, Paul. (1993), *Protestantes e política no Brasil: Da Constituinte ao Impeachment*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

_____. (1994), *Evangélicos na política brasileira: história ambígua e desafio ético.* Curitiba: Encontrão Editora.

GONÇALVES, Rafael Bruno. 2016. *O discurso religioso na política e a política no discurso religioso: uma análise da atuação da Frente Parlamentar Evangélica na Câmara dos Deputados (2003-2014).* Tese de doutorado em Sociologia obtida no IESP/ UERJ, Rio de Janeiro, maio de 2016.

HERMET, Guy. 1991. "Individu-citoyen dans le Christianisme Occidental", *Sur l'individualisme*, Références, Paris.

IYER, Sriya . 2015. « The New Economics of Religion » Discussion Paper No. 9320, Institute for the Study of Labor IZA acessível em http://www.researchgate.net/publication/281637625

KNILL, Christoph; PREIDEL, Caroline & NEBEL, Kerstin. 2014 « Brake rather than Barrier: The Impact of the Catholic Church on Morality Policies in Western Europe », *West European Politics* , Volume 37, pp 845-866.

LARSEN, Lars Thorup & GREEN-PEDERSEN, Christoffer. 2013. "How Religion Becomes Political: A Comparative Study of Religion and Morality Policy". Paper presented at the *ECPR General Conference September 4-7 2013*: Bordeaux. Accessível em https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/5e6b7942-a7dc-4048-8483-ee430268648d.pdf

LEHMANN, David. 2013. « Religion as heritage, religion as belief: shifting frontiers of secularism in Europe, the USA and Brazil ». *International Sociology*. Vol. 28, N° 6. p. 645-662.

LOURY, Glenn C. 2007. « Why Are So Many Americans in Prison? Race and the transformation of criminal justice ». Available at: http://bostonreview.net/loury-why-are-so-many-americans-in-prison.

MACHADO, Maria das Dores Campos. (2006), *Política e Religião: a participação dos evangélicos nas eleições.* Rio de Janeiro: Editora FGV.

MAIA, Eduardo Lopes Cabral. 2012. *A política evangélica: análise do comportamento da Frente Parlamentar Evangélica na Câmara Federal (2007-2010).* Tese de doutoramento em Sociologia Política, UFSC, Brasil.

MAIA, Eduardo Lopes Cabral. 2016. "A Proposta De Emenda À Constituição 99/2011 Da Frente Parlamentar Evangélica e suas Implicações No Estado Laico Brasileiro", *Século XXI - Revista de Ciências Sociais*, v.6, no 1, p.108-144, jan./jun. 2016.

MARIANO, Ricardo. (1995), *Neopentecostalismo: Os pentecostais estão mudando.* Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARSDEN, George. 1980. *Fundamentalism and American Culture: The Shaping of Twentieth Century Evangelicalism 1870-1925*, Oxford University Press: Oxford and New York.

NOVAES, Regina. (2001), A divina política. Notas sobre as relações delicadas entre religião e política. *Revista USP*, São Paulo, n.49, p. 60-81.

ORO, Ari Pedro. (2006), Religião e Política no Brasil. In: ORO, A. P. (Org.). *Religião e Política no Cone-sul, Argentina, Brasil e Uruguai.* São Paulo: Attar Editorial, p. 75-156.

PIERUCCI, Antônio Flávio. (1989), Representantes de Deus em Brasília: A Bancada Evangélica na Constituinte. *Ciências Sociais Hoje*, São Paulo, n. 11, p.104-132.

PIERUCCI, Antônio Flávio; MARIANO, Ricardo. (1992) O envolvimento dos pentecostais na eleição de Collor. *Novos Estudos Cebrap*, n. 34, p. 92-106.

RIBEIRO, Fabio Augusto Nogueira. 2015. "Os Zo'é e as metamorfoses do fundamentalismo evangélico". *Entre Águas Bravas e Mansas, índios & quilombolas em Oriximiná*, org. Denise Fajardo Grupioni, Lúcia M.M. de Andrade. Comissão Pró-Índio de São Paulo & Iepé - Instituto de Pesquisa e Formação Indígena São Paulo: São Paulo.

SELL, Carlos Eduardo; MARIANO, Ricardo & MAIA, Eduardo Lopes Cabral. 2016. Apresentação do Dossiê Secularização e Laicidade: Controvérsias Públicas. *Século XXI - Revista de Ciências Sociais*, v.6, no 1, p.108-144, jan./jun. 2016.

TADVALD, Marcelo. (2015), A reinvenção do conservadorismo: os evangélicos e as eleições federais de 2014. *Debates do NER*, Porto Alegre, v. 1, n. 27, p. 259-288.

WEBER, Max. 1963. *The Sociology of Religion*. Social Sciences Paperbacks, Methuen & Co Ltd.: Londres.

WEBER, Max. 1997. *Sociología de la Religión*. Ediciones ISTMO: Madrid.

WOUTERS, Cas. 2011. "How Civilizing Processes Continued: Towards an Informalization of Manners and a Third Nature Personality." *The Sociological Review*, 59(s1):140-159.

ZALUAR, Alba. 1994. "O Crime e o Diabo na Terra de Deus", *Sagrado e Profano*, HORTA, Luiz Paulo Horta (org.), Rio de Janeiro: Editora Agir, pág. 115-136. Republicado em ZALUAR, Alba. 2004. *Integração Perversa*.

CAMINHOS DO PACTO UNIVERSITÁRIO DOS DIREITOS HUMANOS

PATHWAYS OF THE UNIVERSITY PACT OF HUMAN RIGHTS

Cláudia Coelho Hardagh[163]
hardagh@gmail.com

Simone Alcantara Freitas[164]
simone.freitas@uol.com.br

Resumo

O tema Direitos Humanos é demasiado amplo e complexo. O estudo em andamento se propõe a pesquisar como a transversalidade do referencial legal e obrigatório se concretiza no Ensino Superior, por meio das políticas publicas, ações sistêmicas concretas dentro do contexto das políticas afirmativas de "inclusão" de grupos excluídos do meio acadêmico devido suas condições sociais, étnicas, de deficiências e questões de gênero.

A trajetória das autoras na área acadêmica, INEP, escolas públicas, movimentos sociais em e sindicato, trazem para o leitor um fio condutor que não comprometa a interdisciplinaridade, mas que assegure o foco na educação e seu compromisso com conhecimento emancipatório para entender o contexto educacional nos quais os direitos humanos são estudados, entendidos e apropriados pelos alunos. Levantamos a problemática que envolve as políticas públicas da educação para o Ensino Superior voltadas à adesão ao Pacto Nacional Universitário pela Promoção do Respeito à Diversidade e da Cultura de Paz e Direitos Humanos lançado em 2017.

e o processo de ações emancipatórias e inclusivas de grupos que entraram nos últimos anos no Ensino Superior. Entendemos que apesar das políticas publicas abrirem espaço e exigirem a discussão sobre o tema, as ações hegemônicas político pedagógicas das instituições ainda está

[163] Doutora em educação Currículo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Pós-doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Coimbra – Ces. Professora e pesquisadora da Universidade Presbiteriana Mackenzie do Programa de Pós-graduação Educação, Arte e História da Cultura. Líder do grupo de Pesquisa Convergência, Avaliadora do INEP.

[164]Doutora em Multimeios pela UNICAMP, Professora e pesquisadora do Centro Universitário Senac – CAS – Santo Amaro – SP, advogada e mediadora.

pautada no entendimento dos direitos humanos como ações afirmativas pautadas na ideia de universal/igualitário e não “fundacional/identitário”.

Palavras chave: Direitos Humanos; ações afirmativas; emancipação; Ensino Superior.

Abstract

The theme of Human Rights is too broad and complex. The current study proposes to investigate how the transversality of the legal and mandatory referential is concretized in public education, through public policies, concrete systemic actions within the context of affirmative policies of "inclusion" of groups excluded from the academic environment due to their conditions social, ethnic, disability and gender issues.

The trajectory of the authors in the academic area, INEP, public schools, social movements in and union, bring to the reader a thread that does not compromise interdisciplinarity, but that assures the focus on education and its commitment with emancipatory knowledge to understand the educational context in which human rights are studied, understood and appropriated by the students. We raise the problem that involves the public policies of education for Higher Education aimed at joining the National University Pact for the Promotion of Respect for Diversity and the Culture of Peace and Human Rights launched in 2017.

and the process of emancipatory and inclusive actions of groups that have entered the last years in Higher Education. We understand that although public policies open space and require discussion on the subject, hegemonic political and pedagogical actions of institutions are still based on the understanding of human rights as affirmative actions based on the idea of universal / egalitarian and not "foundational / identity”.

Key-words: Human Rights; affirmative action; emancipation; higher education.

Introdução

O Brasil na contemporaneidade retoma políticas públicas e ações obrigatórias para promover a discussão sobre Direitos Humanos nas Instituições de Ensino em todos os níveis da

educação. Estas ações são, muitas vezes, impulsionadas por pressão global de órgãos como ONU e UNESCO que atingem principalmente os países do Sul, como coloca Santos (2013), que estão do outro lado da linha abissal e submissos aos programas da Europa ou Estados Unidos da América que homogeneízam o entendimento sobre os direitos humanos na ótica neoliberal, ocidental em vigor nos últimos trinta anos.

Para assegurar a política de boa vizinhança e acordos de ordem política e econômica o Ministério da Educação e o Ministério da Justiça e Cidadania, têm se dedicado a desenvolver, aprovar e exigir das Instituições de Ensino Superior pactos, planos e mudanças curriculares que venham assegurar a discussão e formação dos jovens dentro da ótica universal dos Direitos Humanos.

Para entender o processo no Brasil, e como se efetivaram políticas que venham a atender as propostas externas, trazemos os pactos, planos e programas de governo da educação que envolve o tema – Direitos Humanos. Vale lembrar o entendimento de educação para Direitos Humanos, apresentado por Dallari:

> *Educar para os Direitos Humanos é infundir e implementar a consciência de que a pessoa humana é o primeiro dos valores. Disso decorre o compromisso de respeito à dignidade dos seres humanos e aos valores fundamentais que são de toda a humanidade. Sendo direitos e valores universais nenhuma pessoa pode ser excluída desse respeito e toda exclusão social é negação do humano.*
> *Um ponto que deve ficar bem claro é que a educação para os Direitos Humanos é sempre, necessariamente, preparo e estímulo para a prática. Nas últimas décadas aumentou muito o número de instrumentos normativos de Direitos Humanos, havendo já uma quantidade considerável de convenções, pactos, acordos, tratados e outros instrumentos de natureza jurídica a afirmação e a proteção dos Direitos Humanos, sobretudo para a correção de situações em que tem sido habitual a prática de ofensas graves a esses direitos. (DALLARI, S/D)*[165]

[165]Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/estaduais/rs/adunisinos/dallari.htm. Acesso em 1/06/2018

Em 2006 foi elaborado o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)[166]elaborado por um Comitê formado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, pelos Ministérios da Educação e da Justiça, UNESCO e sociedade civil, publicado em 2007. Prevê concepções, princípios e ações programáticas, para a educação básica, superior e não formal e ainda educação dos profissionais dos sistemas de segurança e justiça e educação e mídia.

Especialmente com relação ao ensino superior é feita referência ao Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (2008)[167], a saber:

> *propor a construção de uma cultura universal de direitos humanos por meio do conhecimento, de habilidades e atitudes, aponta para as instituições de ensino superior a nobre tarefa de formação de cidadãos(ãs) hábeis para participar de uma sociedade livre, democrática e tolerante com as diferenças étnico-racial, religiosa, cultural, territorial, físico-individual, geracional, de gênero, de orientação sexual, de opção política, de nacionalidade, dentre outras (PNEDH, 2008:38)*

No Ministério da Educação, ao consultarmos sobre Educação em Direitos Humanos, é possível levantar publicações específicas ao tema, tais como: Caderno de Educação em Direitos Humanos - Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais; conversando sobre violência e convivência nas escolas e impactos da violência na escola: um diálogo com os professores, publicações feitas a partir de 2010.

Anos depois, em novembro 2016, iniciou-se a adesão de Instituições do Ensino Superior ao Pacto Nacional Universitário pela Promoção do Respeito à Diversidade e da Cultura de Paz e Direitos Humanos. Na mesma ocasião foi assinado termo de cooperação entre os Ministérios da Educação e da Justiça e o lançamento oficial se deu em março de 2017, quando contou com a assinatura de mais quarenta e três, que somadas às primeiras assinantes, passaram a somar sessenta entidades.

---

[167] Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192> . Acesso:01/07/2018.

Foi criado, a partir daí, o portal "Pacto Universitário pela Promoção do Respeito à Diversidade, da Cultura da Paz e dos Direitos Humanos", para difusão do pacto e ''voltado ao registro, indução, fomento e monitoramento do PNUDH no âmbito das IES, bem como à disseminação de estudos, publicações, vídeos e marcos normativos"[168], conforme previsto na cláusula 7ª do acordo de cooperação, disponível no portal.

Se considerarmos a quantidade de Instituições de Ensino Superior que ofertam cursos, pelo Censo de 2017, ainda há uma adesão muito pequena: 2407 IES ativas e somente 326 participam do Pacto, dessas 80% estão efetuando iniciativas e 20% estão em fase de criação do Comitê Gestor do Pacto, segundo dados do Portal do MEC de dezembro de 2017.

Os termos do pacto indicam como as IES devem apresentar um plano de ação para envolver e colocar na prática, no âmbito do ensino, da extensão, pesquisa, gestão e convivência os preceitos oficiais dos Direitos Humanos, Diversidade e Cultura da Paz. Para desenvolver o plano de forma democrática no interior das instituições, essas terão que compor um comitê gestor do referido pacto e, juntamente, com uma Comissão no âmbito nacional, formada por representantes de entidades como a SEDH, Ministério da Educação, Conselho Nacional de Educação e Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, com a finalidade de orientar, apoiar e monitorar a implementação do pacto pelas Universidades.

Após esta breve introdução, cabe ainda apontar que no documento de Síntese das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica, elaborado pela Câmara de Educação Básica, do Conselho Nacional de Educação, do Ministério da Educação, prevê obrigatoriamente a inclusão dos conteúdos referentes à Educação em Direitos Humanos nas propostas curriculares da Educação Básica e da Educação Superior poderá ocorrer de formas diferentes:

a) Pela transversalidade, por meio de temas relacionados aos direitos humanos e tratados de forma interdisciplinar.

b) Como um conteúdo específico de uma determinada disciplina já existente.

c) De maneira mista, ou seja, combinando transversalidade e disciplinariedade.

O Plano Nacional de Educação conceitua educação para Direitos Humanos como:

[168] Disponível em: http://edh.mec.gov.br/pacto/. Acesso em maio de 2018.

> *Um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões: a) apreensão de conhecimento historicamente construído sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local; b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressam a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; c) formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente nos níveis cognitivo, social, ético e político; d) desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; e) fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção de proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações. (PNEDH, 2007)*

O conceito sobre Direitos Humanos atribuído pelas políticas educacionais orienta as Instituições de Ensino para abordarem o tema por caminhos diversos e amplia o debate sobre a diversidade humana nas dimensões: culturais, religiosas, sociais, gêneros, étnicas e político ideológicas. As políticas públicas da educação têm a obrigação de acompanhar as transformações do homem em todas as suas dimensões e conquistas e assegurar sua proteção que é resguardada pela própria sociedade, educada de forma que promova, assegure e lute por esses direitos.

I. Direitos Humanos como tema transversal no Ensino Superior

As políticas internacionais preocupadas com os rumos da educação, que tem interferência direta na formação do cidadão e trabalhador, estabelecem diretrizes para que os países alinhados à ONU e UNESCO desenvolvam políticas públicas que garantam o entendimento da dimensão e do significado dos Direitos Humanos para a democracia global.

Apesar da intenção positiva de tais programas e pactos citados no item anterior, vamos tecer algumas reflexões a respeito dos direitos humanos que tais políticas buscam assegurar.

É importante delimitar o espaço geográfico e histórico em que as autoras atuam: Brasil, cidade de São Paulo, especificamente 2018, são professoras e pesquisadoras no Ensino Superior. Pode parecer preciosismo, no entanto, na sociedade pós-moderna líquida (Bauman, 2001) as incertezas e fluxo de mudanças exigem que mostremos ao leitor as dificuldades de diretrizes e

políticas publicas internas e externas dentro de um país com a diversidade cultural e desnível social, econômica e educacional entre as regiões do Brasil e que se agravam quando o parâmetro é Europa ou Estados Unidos. Cabe lembrar que recentemente, em junho de 2018, os EUA abandonaram o Conselho dos Direitos Humanos da ONU e anteriormente, a UNESCO.

O Brasil de 2018 apresenta um quadro político instável, principalmente com relação a consolidação da democracia. As questões voltadas à equidade de direitos também mudaram diante de projetos de lei, discursos, atos, uso de redes sociais que apontam para a perda dos direitos de grupos que demoraram séculos para conquistar o mínimo que a sociedade precisa para conviver com relações de tolerância, direito à terra e moradia, liberdade de opção sexual e de expressão. Temos acompanhado a tramitação nas Câmaras Municipais, Estaduais e Congresso para enquadrar os movimentos sociais à Lei Antiterrorismo e modificar o artigo 2º da Lei 13.260/16, como propôs o deputado Jerônimo Goergen (PP-RS), para classificar manifestações e ocupações promovidas por movimentos sociais como possíveis atos terroristas. O contexto político e social retrata a urgência em rediscutir de fato o tema Direitos Humanos, à luz da democracia e educação, para a formação crítica dos jovens e o significado emancipatório do tema dentro de uma nação com herança histórica escravocrata, de latifúndios, ditaduras e exclusão social.

O Estado tenta por meio de políticas públicas atreladas à educação corrigir os desvios que uma sociedade marcada pela desigualdade promove e aprofunda quando muitos jovens ficam excluídos de entrar no Ensino Superior ou mesmo de concluir o Ensino Médio por terem que trabalhar e sentirem-se desmotivados, até mesmo pela vulnerabilidade em que se encontram em contextos violentos.

> *3. Compete ao Estado o papel crucial de corretor das desigualdades historicamente urdidas e sedimentadas, uma vez que o Estado é o detentor da chamada violência legítima. No caso, as políticas de ação afirmativa têm uma função ético-pedagógica nas relações inter-raciais. (SANTOS e CHAUI, 2013: 82)*

O que levantamos como preocupação é até que momento essas políticas afirmativas são suficientes quando a própria sociedade não se apropriou da necessidade do acesso e permanência

dos excluídos por serem pobres, negros, índios, deficientes, com antecedentes criminais, homossexuais ou transexuais, enfim indivíduos que não faziam parte das cenas cotidianas das Universidades.

O Estado torna o tema Direitos Humanos como referencial obrigatório de ser estudado nos espaços educacionais, no entanto a sua transversalidade se perde nas ações por projetos, indicações de leituras, grupos de estudo e pesquisa, pois o tema deve ser incorporado de forma sistêmica e transversal pela gestão, pelos docentes e pelo currículo. Há explicitamente um equívoco no entendimento das políticas públicas tratar de direitos humanos nos espaços escolares formais que se resumem a fazer um projeto com o tema e estudar um capítulo de livro. Esses são parte de um processo que envolve a forma como esse espaço é constituído. Temos que pensar em gestão democrática, ações afirmativas pautadas na ideia de "fundacional/identitário" (Santos, 2013) e não mais no universal/igualitário. Dar espaço para as diferenças sexuais e étnico-raciais emergirem e propiciar formas de organização e luta para situações de pertencimento ao espaço, na resolução de problemas e participação nas decisões, ou seja, "temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos trivializa" (Santos, 2006: 56).

Durante séculos entendemos os Direitos Humanos como um direito universal/igualitário, colocando um modelo universal que é europeu de igualdade que traçou a linha abissal (Santos, 2013) em cada espaço de nossa sociedade, com o objetivo de excluir todos os indivíduos que não se encaixassem nesse modelo universal. Essa linha abissal está nos espaços escolares que mostram a dificuldade em aceitar novas identidades, ou seja, os direitos a partir do "fundacional/identitário" (Santos, 2013). Arroyo (2012) em seus estudos indica que também há um modelo universal de Pedagogia e a escola somente aceitará e entenderá o direito a todos os diferentes do modelo universal quando passar a ter a práxis educacional com "outras pedagogias" (2012)

> *(...) Se reconhece a longa tensão social, política, educacional entre o reconhecimento da igualdade e o reconhecimento da diferença (Santos, 2013, p. 79ss), mas não se opta por reconhecer e aprofundar nessa histórica tensão política e se opta por reafirmar e fechar o paradigma universalista-igualitário e ignorar o reconhecimento da diferença como outro paradigma político, epistemológico. (ARROYO, 2015: 13)*

> *Boaventura nos chama a atenção para a nova realidade política posta na sociedade e que chega até as escolas: reconhecer que os diferentes se fazem presentes como coletivos, sociais, raciais, étnicos, dos campos e das periferias, que os discriminados chegam às escolas, às universidades onde os profissionais a serem formados trabalham (...). (ARROYO, 2015: 24)*

A complexidade da sociedade contemporânea exige que a educação amplie suas responsabilidades com a formação cidadã dos jovens com ações que promovam a igualdade de direito e o respeito às diferenças e isso deve ser expressado pelo currículo, projetos desenvolvidos, pedagogias, como coloca Sacristán (2002):

1. *Uma escola semelhante para todos com um currículo comum, regido pela ideia de justiça como igualdade de tratamento e de redistribuição;*
2. *Um currículo comum com pluralidade interna, que seja integrador, dando espaço para a diversidade cultural, e que parta da realidade da hibridização;*
3. *Uma pedagogia diferenciada no desenvolvimento do currículo comum que pratique estratégias variadas de aprendizagem com métodos parcialmente individualizados para dar espaço e estímulo às singularidades dos sujeitos. (SACRISTÁN, 2002:258-9)*

O que fica explicitado no interior das instituições de ensino, pelas suas ações, é a incoerência de suas pedagogias, currículo e gestão escolar com a aplicação de práticas e discussões sobre Direitos Humanos universal/igualitário, com critérios de igualdade que não atendem mais a diversidade de identidades. As políticas públicas exigem a temática no currículo e nos projetos escolares, no entanto, isso é feito para cumprir com as exigências legais e não como uma ação política e pedagógica.

II. Para além da transversalidade: A convivência

A ampliação do acesso ao Ensino Superior com programas de bolsas fez com que as Universidades privadas e públicas diversificassem social, cultural e economicamente o perfil dos alunos. O processo de inclusão de grupos anteriormente excluídos foi acompanhado de reações de apoio e de indignação que evidenciaram o Brasil da “Casa Grande e Senzala”, com ações internas

que assegurassem a permanência dos alunos bolsistas com apoio pedagógico e financeiro e também com ações que acirrassem a incompetência e impossibilidade das camadas sociais desfavorecidas na ocupação dos espaços elitizados. Alunos de diferentes procedências pessoais e escolares às vezes chegam aos cursos superiores. Os que não chegam, muitas vezes nem sequer tiveram esta opção ou oportunidade. E os que ingressam na vida universitária também partem de pontos muito diferentes, e, ordinariamente, não são considerados nas suas singularidades: pensemos aqui nos alunos trabalhadores que após uma jornada diária se dirigem às faculdades para tentar estudar: oportunidade desigual daquele aluno que não necessita trabalhar enquanto segue no curso.

Alunos advindos da educação básica pública ingressaram em Universidades públicas ou privadas e parecem ter uma trilha pré-programada com diferentes oportunidades oferecidas para que possam 'programar' seu futuro. Vejamos novamente Dallari, a respeito da igualdade de oportunidades:

> *Não basta afirmar que todas as pessoas são iguais por natureza. Para que essa afirmação tenha resultados práticos, é preciso que a sociedade seja organizada de tal modo que ninguém seja tratado como superior ou inferior desde o instante do nascimento. É preciso assegurar a todos, de maneira igual, a oportunidade de viver com sua família, de ir à escola, de ter boa alimentação, de receber cuidados de saúde, de escolher um trabalho digno, de ter acesso aos bens e serviços, de participar da vida pública e de gozar do respeito dos semelhantes. Todas as pessoas nascem iguais em dignidade, e nada justifica que não sejam dados os mesmos direitos a todos. Todos têm igual direito ao respeito das outras pessoas, e nada justifica que não tenham, desde o começo, as mesmas oportunidades. (DALLARI, S/D)*

Várias questões se apresentam diante desse novo quadro e explicitam a fragilidade da transversalidade do tema Direitos Humanos, nos espaços escolares: Como este novo grupo é recepcionado pelas Instituições de Ensino? Como os ingressantes são vistos e incluídos pelos professores e pelas pedagogias adotadas? Os colegas reproduzem a cultura de exclusão ou assumem postura democrática para a inclusão?

A trilha programada, apesar de bem intencionada, para inclusão e ascensão social, ainda está pautada nos padrões universal/igualitário, que não atende às lutas políticas centradas na sexualidade e etnia. Os grupos que foram inseridos, mas não incluídos, no Ensino Superior revelam a fragilidade da obrigatoriedade do tema Direitos Humanos como transversal no currículo e ratificam a dificuldade das instituições de ensino em enxergar a diversidade de lutas, conquistas de grupos que conseguiram adentrar a porta das universidades.

Casos relacionados à discriminação social chegam ao conhecimento da mídia, do Judiciário e são objeto de denúncia às comissões de Direitos Humanos existentes e uma delas é dos beneficiados por bolsas de estudos que são alvo de verdadeiros massacres, ora dos demais alunos, ora dos professores, que os tratam de "bolsistas" como se esta condição, de saída, os colocasse em situação de desvantagem intelectual, de verdadeira inaptidão. Temos uma situação dúbia com relação a esses jovens: vieram de formação incipiente das escolas públicas, mas, mesmo assim permitiu o acesso ao ensino superior e ainda com a defasagem de formação básica as estatísticas mostram que apenas nos cursos de exatas esses alunos não conseguem acompanhar, os cursos com base em humanas o desempenho é positivo.

Temos a reprodução de ações regulatórias via políticas públicas que não conseguiram atingir a emancipação das camadas oprimidas e excluídas em toda a história do Brasil de direitos universais como acesso a formação superior e, principalmente sua permanência.

Santos e Chaui (2013) analisam essa situação e inferem que:

> *Os últimos trinta anos mostram bem que a aceitação da ideia da indivisibilidade dos diferentes tipos de direitos humanos tem ocorrido mais no nível dos princípios do que no nível das práticas, já que a versão neoliberal dos direitos humanos em vigor nos últimos anos veio a repor a doutrina liberal com maior extremismo e com maior hospitalidade em relação à promoção dos direitos sociais e econômicos por parte do Estado. (SANTOS e CHAUI, 2013:67)*

Assim, diante de um plano nacional que impulsionou a elaboração do pacto universitário parece que ainda ficaremos no âmbito das propostas pedagógicas inseridas em um projeto político

que mascaram as ações das IES em participarem efetivamente com propostas e práticas concretas relacionadas a afirmação dos Direitos Humanos, Diversidade e Cultura da paz. Como visto, menos de 5% das Instituições pactuaram e ainda há a distância entre a mera formalização, a apresentação do plano de ação, sua implantação e monitoramento. Mais que isso, o engajamento institucional e seu comprometimento com a comunidade que ela se comprometeu a acolher.

O modelo hegemônico de universidade no Brasil está centrado na regulação sobre a emancipação e ainda de caráter europocêntrico, míope para enxergar que os movimentos se ampliaram e lutam pelo acolhimento de todos os humanos, antes invisíveis, fora do "padrão universal". A universidade tem o papel de ampliar discussão sobre Direitos Humanos numa perspectiva contemporânea e implantar políticas com ações afirmativas dentro do próprio espaço escolar. Dessa forma a transversalidade se faria presente no currículo e por meio de ações concretas.

Os três temas: Direitos Humanos, Diversidade e Cultura da Paz se inter-relacionam e precisam urgentemente ser tratados em profundidade no ambiente educacional. Ao serem previstos como conteúdos esparsos ou com a perspectiva inter ou transdisciplinar podem permanecer na esfera intangível e imensurável.

Enquanto isso, aberrações como o programa da escola sem partido, tem angariado simpatizantes e mesmo alguns municípios já tiveram leis sancionadas limitando os próprios Direitos Humanos na sua essência. Em matéria veiculada em 2016 no site do Ministério dos Direitos Humanos, a então Secretaria Especial de Direitos Humanos juntamente com o representante de UNESCO e outros, repudiaram tal programa, mas ainda tramitam projetos de lei junto à Câmara dos Deputados. Um deles, por exemplo, tem a seguinte ementa: "inclui entre os princípios do ensino o respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, dando precedência aos valores de ordem familiar sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa. Adapta a legislação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Governo Brasileiro".

III. Pacto Intra-institucional para os Direitos Humanos: Outros Caminhos.

Chamamos aqui a atenção para o que neste momento está ao alcance, no entorno do dia a dia dos professores e alunos, 'pacto intra-institucional' e que merece não só atenção e cuidado. A partir do exemplo a respeito dos bolsistas é necessária uma reflexão e uma ação conjunta visando a convivência cuidadosa neste ambiente.

Leonardo Boff (1993) assim descreve:

> *"cuidar é mais que um ato; é uma atitude (grifo do autor). Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro" (BOFF, 1999:33).*

Os seres que nele convivem, devem também ser entendidos em suas dimensões e não apenas nas relações visíveis instituídas: professores, alunos e funcionários. A dimensão terrena, a dimensão espiritual. E neste sentido, a atitude de cuidados recíprocos é essencial. Segundo Boff (1999) dois significados na palavra cuidado sempre são considerados: a atitude de solicitude, de atenção para com o outro e preocupação e inquietação, porque quem cuida se sente envolvido e afetivamente ligado no outro.

Pensamos que este pacto, seria uma possibilidade de 'rede de cuidados' promovida e ampliada entre seus atores que levam para fora da instituição essas conexões, pois seriam incorporadas dia após dia, aperfeiçoadas e disseminadas.

Quando apontamos o modo de convivência institucional estamos falando do que BOFF aponta como modo de ser trabalho: interagimos, criamos intervenções, mas se não levar em conta o cuidado, transforma-se em ditadura, fica no âmbito das relações como estão, de dominação e poder.

Se a proposta é de pacto intra-institucional naturalmente se pensa em ambiente institucional propício e favorável, estimulador do diálogo e com gestão democrática que promova a "rede de cuidados" e mantenha permanentemente a crítica e ação lado a lado, cumprindo seu papel social em detrimento do empresarial. É preciso rediscutir a escola, que se apresenta apenas no cenário mercantilista e a educação tratada como empresa.

Essa discussão precisa ser contextualizada, pois segundo Laval (2003) o modelo da 'nova ordem educativa mundial' é reforçado a todo instante, uma vez que a se reproduz na área da educação a partir do pensamento liberal, pois houve um tipo de "globalização do pensamento educativo segundo o qual o imperativo é a competitividade e que nenhuma esfera social pode escapar a essa lei suprema. Uma economia eficaz depende do emprego, essa é a grande chantagem. Se não há uma economia competitiva, não há emprego, e é preciso que a educação participe dessa competitividade, para que se tenha mais empregos[169]" (LAVAL, 2003)

Propor um pacto intra-institucional é propor um entendimento comum entre interesses contemporâneos de todos os atores envolvidos que ensaiam e encenam inicialmente na escola. Parece mesmo ter razão Antonio Damasio (2017) ao dizer que para se combater fenômenos de nacionalismo xenófobo, por exemplo, a saída "é educar maciçamente as pessoas para que aceitem os outros"[170](DAMAZIO, 2017).

Tratar o tema Direitos Humanos e da Diversidade, na educação em sua transversalidade cultural, educacional, institucional e jurídica deve ser considerado fundamental e necessário, mas a obrigatoriedade e pactos assinados ainda não garantem o entendimento sobre o tema na contemporaneidade e nem o modelo e conceito que as instituições de ensino e os próprios docentes incorporam e levam como verdade para os alunos. Talvez essa seja a questão geradora para incorporar às políticas públicas da educação.

Considerações finais

A vivência, das pesquisadoras, nos espaços escolares de educação básica e, principalmente, no Ensino Superior, não apontam para avanços no sentido de entender Diretos humanos em sua pluralidade e diversidade. A maior parte das Instituições de Ensino Superior se distancia, de fato, das ações concretas para inclusão dos jovens "incluídos" por ações afirmativas e da oportunidade de transversalmente trazer o debate sobre *quais* Direitos Humanos estamos nos referindo.

---

[169] Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/sinapse/ult1063u463.shtml, acesso:01/07/2018.

[170] Disponível em:<https://www.publico.pt/2017/10/31/ciencia/noticia/sem-educacao-os-homens-vao-matarse-uns-aos-outros-diz-antonio-damasio-1791034>. Acesso: 01/07/2018

Insistimos que os valores Universais do século XVIII da Revolução Francesa nos quais as iniciativas do Estado estão pautadas precisam ser revistas e discutidas no interior dos espaços escolares e na formação dos professores que estarão à frente das ações que podem ou não avançar para o entendimento identitário que os Direitos Humanos exigem em nossa sociedade.

Sugere-se, ainda, outras ações dentro das instituições baseadas na educação de aceitação da diversidade, da convivência, e do cuidar e não mera reprodução de modelos econômicos no âmbito educativo.

O artigo revela uma parte da pesquisa em andamento que têm como foco escolas públicas e o ensino superior, alunos e professores, a avaliação das ações afirmativas em uma ponta e outra e como o tema que deveria ser transversal é tratado.

Referências bibliográficas:

ARROYO, Miguel.G. Outros Sujeitos, Outras Pedagogias, Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

_____. Tensões Na Condição e no Trabalho Docente - Tensões Na Formação, Revista de Educação Movimento. Rio de Janeiro – UFF. Ano 2 / nº2, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade liquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. ISBN 85-7110-598-7 1.

BOFF, Leonardo. Saber cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

BRASIL. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Brasília: SEDH/PR, 2010.

BRASIL. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos / Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007. acesso em 29/04/2018

BRASIL. Parecer CNE/CP Nº: 8/2012. Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Brasília: CNE, 2012. D.O.U. de 30/5/2012, Seção 1, Pág. 33. acesso em 29/04/2018

BRASIL. Pacto Universitário de Educação em Direitos Humanos.. Disponível em: http://edh.mec.gov.br/arquivos/acordo-cooperacao-pacto-universitario.pdf. acesso em 29/04/2018

BRASIL. Educação em direitos humanos. Disponível em http://portal.mec.gov.br/par/194-secretarias-112877938/secad-educacao-continuada-223369541/14772-educacao-em-direitos-humanos, acesso em 29/04/2018.

BRASIL. Portal MEC. MEC e Inep divulgam dados do Censo da Educação Superior 2016. 31/08/2017. Disponível em http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/mec-e-inep-divulgam-dados-do-censo-da-educacao-superior-2016/21206 acesso em 29/04/2018.

BRASIL. Portal MEC. Pacto Universitário pelos Direitos Humanos. Disponível em http://edh.mec.gov.br/pacto/ acesso em 28/04/2018

DALLARI, D. de A. Direitos humanos, exclusão social e educação para o HumanismoDisponível em:http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/estaduais/rs/adunisinos/dallari.htm Acesso em 1/06/2018.

DALLARI, D. de A. Pessoa, sociedade e humanos direitos. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari2.htm Acesso em 31/05/2018.

DUPRET, Leila.Cultura de paz e ações sócio-educativas: desafios para a escola contemporânea. Psicol. Esc. Educ. (Impr.) vol.6 no.1 Campinas, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572002000100013. acesso em 29/04/2018.

LAVAL, Christian: "A escola não é uma empresa". Entrevista de EICHENBERG,Fernando,free-lance para a Folha de S.Paulo, de 24/06/2003, Paris. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/sinapse/ult1063u463.shtml, acesso:01/07/2018.

POZZI, S. EUA abandonam o Conselho dos Direitos Humanos da ONU em apoio a IsraelBoicote coincide com as críticas feitas às políticas migratórias norte-americanas. Disponível em:**https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/19/internacional/1529411692_895391.html Acesso em 25/06/2018**.

SANTOS, Boaventura de Souza e CHAUI, Marilena. Direitos Humanas, Democracia e desenvolvimento. São Paulo: Ed. Cortez, 2013.

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO CASO DAS LEIS DE ANISTIA
TRANSCONSTITUTIONALISM IN THE CASE OF AMNESTY LAWS

Camila de Assis Santana Silva[186]

Resumo:

O presente trabalho propõe-se a analisar a postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro diante dos entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca às leis de anistia. Intenta-se verificar, a partir da análise de jurisprudência de ambos os tribunais, de que modo tais órgãos têm dialogado. O processo constante de internacionalização tem possibilidade que cortes internas e cortes internacionais tenham interesse e competência para a análise de determinados casos, de modo que um mesmo problema passa sobre o crivo de ambas as esferas. Diante de tal fato, há que se discutir mecanismos que permitam a harmonização de tais decisões, como forma de garantir a integração de tais âmbitos. Resta saber, portanto, se o Brasil tem se restringido à análise do caso sob a ótica do direito interno, ou se tem se aberto aos comandos e entendimentos internacionais, a partir da aplicação da teoria do transconstitucionalismo proposta por Marcelo Neves.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo - Corte Interamericana de Direitos Humanos - Supremo Tribunal Federal - Leis de Anistia.

Abstract:

The present work proposes to analyse the position of the Federal Supreme Court of Brazil face to the Inter-American Court of Human Rights with regard to amnesty laws. It is tried to verify, from the analysis of jurisprudence of both courts, how they have dialogued. The constant process of internationalization has made possible that internal and international courts have interest and

[186]Advogada Criminal. Especialização em Direito Penal Econômico e Corporativo pelo IDP-SP. Pesquisadora do NETI-USP. Especialização em Direito Internacional pelo CEDIN. Graduação em Direito pela UEFS.

competence for the analysis of certain cases, so that the same problem passes over the riddle of both spheres. Faced with this fact, it is necessary to discuss mechanisms that allow a harmonization of such decisions, as a way to ensure the integration of such scopes. It remains to be seen, therefore, whether Brazil has restricted itself to the analysis of the case from the perspective of domestic law, or whether it has opened itself up to international commands and understandings, based on the application of the transconstitutionalism's theory.

Key-words: Transconstitucionalism - Inter-American Court of Human Rights - Federal Supreme Court of Brazil - Amnesty laws.

Introdução

A proteção dos direitos humanos é temática recorrente nos fóruns nacionais e internacionais. Tem-se discutido acerca da efetividade da proteção dos direitos humanos e a internacionalização da proteção dos direitos humanos tem se alargado sobremaneira. Tal proteção tem sido o cerne da atuação de diversos tribunais internacionais, bem como possui expressivo relevo nos trabalhos de cortes nacionais. As ordens interna e internacional vêm assentando a proteção do indivíduo nas mais diversas dimensões. O valor ínsito de todos os homens, qual seja, a sua dignidade, revela o imperioso zelo aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. Nesse contexto, o presente trabalho propõe um recorte acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF), contrapondo seu posicionamento às orientações e determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), no sentindo de estudar se e de que modo tais órgãos têm dialogado, mais especificadamente no que toca às leis de anistia.

É sabido que, cada vez mais, temáticas são postas sob o crivo tanto de tribunais nacionais quanto de tribunais internacionais, inclusive questões referentes aos direitos humanos. Frequentemente, mesmos temas são analisados pelas ordens interna e internacional, o que pode gerar conflitos normativos e interpretativos, colocando em xeque a efetividade da proteção dos direitos humanos, uma vez que, em certos casos, uma corte resiste a aceitar ou a implementar as

decisões de tribunais terceiros. Tal fenômeno é destacado por Neves[187], quando salienta que questões de direitos humanos, por exemplo, apresentam-se relevantes para mais de uma ordem jurídica, as quais são requisitadas para apresentar respostas.

Cada vez mais, problemas de cunho jurídico permeiam diversas ordens normativas, exigindo respostas para o caso, o que enseja, por vezes, diferentes e até colidentes soluções, uma vez que distintas as perspectivas e normativas de cada sistema. Neves também pontua que os problemas podem envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, bem como instituições jurídicas locais nativas[188]. Neste estudo, no entanto, a análise será feita notadamente acerca dos problemas jurídicos que envolvem a CorteIDH e o STF.

Ainda, importa mencionar que, em um mundo onde as estruturas normativas internas convivem com a tendência de os Estados a se comprometerem a estruturas normativas internacionais, são recorrentes os conflitos entre os tribunais internacionais e nacionais. Diante disso, partindo-se de uma abordagem sociológica do direito, analisar-se-á de que modo o STF, corte constitucional brasileira, tem visto o direito internacional dos direitos humanos e tem moldado, ou não, sua conduta de acordo com aquele, no que toca, principalmente, às decisões da CorteIDH sobre as leis de anistia. Para tanto, serão trabalhados alguns conceitos e institutos que subsidiarão o presente estudo e auxiliarão no teste das hipóteses, tais como: competências da CorteIDH; competências do STF; soberania; e transconstitucionalismo. A hipótese primeira do presente estudo sustenta que há eventuais conflitos entre as decisões da CorteIDH e do STF sobre a lei da anistia, o que dificulta a implementação dos entendimentos sobre lei de anistia da CorteIDH no âmbito brasileiro.

A importância deste trabalho se reveste no fato de que é preciso que se incentive e se demonstre a real possibilidade de uma efetiva aproximação do direito interno com o direito internacional, de modo que se garanta a mais ampla proteção dos direitos humanos, para que os comandos protetivos de tais esferas não restem esvaziados de efetividade. Não se trata de impor uma ordem sobre a outra, conforme salienta Neves[189], mas de propor uma troca constante, a fim de aprimorar e harmonizar tais esferas. Para concretizar este trabalho, valeu-se, metodologicamente, de uma ampla pesquisa doutrinária e normativa inicialmente, com leituras e

[187] NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. XXI.
[188] Ibid., p. XXII.
[189] Ibid.

documentações temáticas, seguida de uma pesquisa de decisões do STF e da CorteIDH sobre lei de anistia. O método, então, que sustentou o presente estudo foi o indutivo, pautado na análise de determinada quantidade de casos para a projeção de parâmetros e considerações gerais comuns.

1. Da força vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em que pese a CorteIDH desenvolver funções consultiva e contenciosa, para a pretensão deste estudo, deter-nos-emos a essa última. Nas suas atividades contenciosas, a Corte IDH pode exarar medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgência, bem como sentenças definitivas e inapeláveis. Ainda, os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Convenção) comprometem-se a cumpri-las nos casos em que forem partes[190]. Deste modo, necessário discutirmos a força vinculativa dessas decisões.

Geromel[191] traz considerações acerca da natureza jurídica das sentenças internacionais, dentre as quais se encontram as decisões proferidas pela CorteIDH, sejam elas as sentenças ou as medidas provisórias. Valendo-se das lições de Morelli e Delbez, o autor esclarece que existem dois modos de compreender as decisões internacionais. Parte da doutrina, à qual se filia Morelli[192], entende que as sentenças são fatos jurídicos internacionais, fundamentando sua posição na ausência de "sujeito de direito a quem se possa imputar a sentença", partindo-se da premissa que Morelli desconhece a personalidade jurídica dos órgãos judiciais internacionais. Por outro lado, Delbez[193] sustenta o caráter jurídico de ato unilateral, em virtude do poder derivado concedido aos árbitros pelos Estados e organizações internacionais, residindo neste os efeitos jurídicos de tais atos volitivos. Ocorre que, Geromel vai além, ponderando tais entendimentos à luz do Direito Internacional Contemporâneo, no qual os tribunais internacionais "são verdadeiros órgãos de

[190] Art. 68 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.
[191] GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 47-48.
[192] MORELLI apud GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 48.
[193] DELBEZ apud GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 48.

solução jurídica de controvérsias, regidos pelo Direito Internacional Público, alguns, inclusive, com personalidade jurídica própria"[194], trazendo as seguintes considerações:

> *As sentenças que esses tribunais proferem possuem a natureza jurídica de norma internacional concreta individual, podendo até extrapolar o limite interpartes se o assunto for de sensibilidade tal que a comunidade internacional como um todo possua interesse jurídico. É fruto do exercício jurisdicional internacional, no qual o juiz analisa o caso concreto à luz das normas gerais e, utilizando-se de recursos hermenêuticos e interpretativos, profere, ao final, uma decisão judicial definitiva e obrigatória*[195].

Assim, resta indiscutível a forma normativa e obrigatória das decisões proferidas pelos órgãos judiciais internacionais. Esses têm a sua competência reconhecida pelos Estados através do livre exercício da soberania. Ou seja, o Estado, livremente, obriga-se à jurisdição de tais órgãos, em sua plena, consciente e livre manifestação de vontade. Ainda, tais órgãos pautam suas decisões em normas do direito internacional, reconhecidas e aceitas pelos próprios Estados, mesmo aquelas que se impõem ainda que ausente manifestação expressa de cada Estado para o seu reconhecimento, posto que reconhecidas como fundamentais pela comunidade internacional como um todo, como é o caso das normas *jus cogens*.

As sentenças internacionais, portanto, são frutos de órgãos competentes, jurisdicionais, e trata-se de verdadeiro direito para as partes, tendo caráter definitivo e obrigatório, bem como influenciam o entendimento da comunidade internacional acerca do objeto da lide e das suas bases normativas, quando de interesse de outros Estados e atores internacionais. Tais decisões devem ser, portanto, observadas e cumpridas pelos Estados partes da lide, os quais devem implementá-las sob à luz dos princípios do *pacta sunt servanda*, da boa-fé e da efetividade, de modo que se garanta os resultados esperados:

> *Assim sendo, uma vez prolatada, a sentença internacional deve ser integralmente cumprida, não cabendo qualquer tipo de consideração por parte dos direitos internos. Ela não pode ser submetida ao juízo de delibação pelos tribunais internos, pois não se trata de uma sentença estrangeira e sim internacional.*

[194] GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 48.
[195] Ibid., p. 48-49.

> *Opera aqui, uma relação vertical entre o tribunal internacional e seus jurisdicionados, gerando um imperativo de cooperação jurídica, fundado no poder jurisdicional internacional daqueles*[196].

É certo que incumbe aos ordenamentos internos prever os modos pelos quais as sentenças internacionais serão cumpridas, ou seja, cabe aos Estados dispor acerca dos órgãos internos que possuirão tal competência e os mecanismos internos que serão adotados para implementação. No entanto, isso não significa, de modo algum, juízo de discricionariedade acerca do cumprimento da decisão, mas apenas do modo como esta será efetivada internamente, para alcançar os seus efeitos esperados. A sentença da CorteIDH pode determinar obrigações de dar, fazer e não fazer:

> *O objeto de uma sentença da Corte é o mais amplo possível no âmbito de uma ação de responsabilidade internacional do Estado: é assegurado à vítima o gozo do direito ou liberdade violados e ainda são reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado violação desses direitos*[197].

Ramos[198] trata especificadamente sobre os efeitos das decisões proferidas pela CorteIDH, dispondo que, além da obrigação dos Estados de cumprir os comandos da decisão, tal cumprimento deve ser feito estritamente à luz da decisão, ou seja, na íntegra, sob pena de incorrer em novo ilícito internacional. Os Estados devem cumprir cada imperativo da sentença, tal como disposto pelo órgão jurisdicional na decisão. Tal ditame opõe-se à prática europeia, a qual permite que os Estados, em não podendo assegurar o *status quo* anterior, possa fixar uma satisfação equitativa pecuniária, sem que isso acarrete nova responsabilidade internacional. No Sistema Europeu de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos declara a responsabilidade do Estado por alguma violação. No entanto, são os Estados que devem fixar os meios para a reparação da violação. Por fim, o autor destaca que, no caso americano, de forma expressa no artigo 2º da Convenção, além da decisão da CorteIDH possuir efeito obrigatório de coisa julgada, vinculando as partes do litígio, ela possui efeito de coisa interpretada, devendo os Estados partes observar a jurisprudência daquele órgão:

---

[196] Ibid., p. 52.
[197] RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 259.
[198] Ibid., p. 259.

> *As sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito de coisa julgada inter partes, vinculando as partes em litígio. Entretanto, cabe considerar o efeito de coisa interpretada de um julgado da Corte, pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam. Ignorar o efeito de coisa interpretada e enfatizar a vinculação das partes somente em um litígio perante a Corte é atitude, no mínimo, irrealista dos órgãos que representam o Estado e que, por isso mesmo, deveriam se preocupar em evitar sua responsabilização internacional*[199]

Tais considerações acerca da necessária observância das decisões da CorteIDH mostram-se perfeitamente apropriadas quando se trata também dos pareces consultivos emanados pela CorteIDH. A função de emitir pareceres consultivos está prevista no artigo 64 da Convenção. Qualquer Estado-membro da Convenção e os órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA), desde que dentro da sua área de atuação, possuem legitimidade para requerer opinião consultiva à CorteIDH. Os questionamentos e esclarecimentos podem ser requeridos tanto acerca dos tratados de direitos humanos no âmbito americano (sobre sua interpretação, conteúdo, alcance, etc.), quanto da compatibilidade de leis internas com a Convenção. A solicitação só não é cabível quando em relação a questões de casos já pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[200]. Resta assente na doutrina, e na própria jurisprudência da CorteIDH, que, embora não vinculantes, os pareceres consultivos possuem autoridade. Sobre o tema, necessário trazer algumas considerações abordadas por Ramos:

> *A jurisdição consultiva é considerada missão fundamental das Cortes Internacionais, ao lado da jurisdição contenciosa. É com base nela que as Cortes podem interpretar normas jurídicas internacionais, fixando o seu alcance e conteúdo, mesmo na ausência de casos contenciosos. É inegável que a jurisdição consultiva supre o incipiente reconhecimento da jurisdição obrigatória de Cortes Internacionais pelos Estados, servindo as opiniões consultivas para a fixação do conteúdo e alcance do Direito Internacional atual. Embora não se possa supor a*

[199] Ibid., p. 260.
[200] OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12.

> *força vinculante de tais opiniões, é certo que os mesmos declaram o Direito Internacional e com isso, possibilitam maior certeza jurídica aos sujeitos de Direito Internacional*[201].

Embora não vinculantes, as opiniões consultivas possuem autoridade, posto que consubstanciam a perspectiva do órgão jurisdicional sobre a matéria versada no tratado, revelando de que maneira este entende e posiciona-se quanto a determinado tema, prenunciando qual seria a decisão a ser tomada pelo órgão no caso de superveniência de um caso contencioso nos mesmos contornos daquele objeto do parecer consultivo.

Posto isto, mostra-se razoável e responsável a observância de tais pareceres pelos Estados-membros, a fim de evitar futuras responsabilizações internacionais. Embora o descumprimento ou inobservância de um parecer consultivo não acarrete, de pronto, o reconhecimento do descumprimento do direito internacional, tende a dar azo a uma responsabilização internacional em sede contenciosa em momento posterior. Pautar-se de acordo com tais documentos demonstra comprometimento por parte do Estado com relação às tendências e posicionamentos atuais dos órgãos internacionais, bem como respeito às autênticas interpretações dos tratados feitas pela CorteIDH. Geromel também reconhece essa imperiosa necessidade de observância, posto que dificilmente um tribunal se posicionará contrariamente a um posicionamento já assentando por ele mesmo[202].

Feitas tais considerações sobre os efeitos das decisões emanadas pela CorteIDH no exercício de suas funções, e assente o engajamento do Estado brasileiro a sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, insta discutir o tratamento concedido pela ordem interna brasileira aos direitos humanos.

2. A competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito internacional dos direitos humanos

[201] RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

[202] RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

O STF é a máxima instância do poder judiciário brasileiro. Sendo o órgão da cúpula do poder judiciário, desempenha importantes funções, fundamentalmente, a guarda da Constituição Federal. Suas competências encontram-se elencadas no artigo 102 da Carta Magna[203]. O STF também desenvolve papel relevante no contexto internacional. Tal papel reveste-se de ainda mais importância quando considerado o cenário internacional atual. Os sistemas jurídicos domésticos têm sido requeridos a relacionar-se e interagir com sistemas jurídicos estrangeiros e com tribunais internacionais. Tal relação deve-se pautar numa troca recíproca, com vistas a aprimorar o funcionamento da justiça diante das novas realidades criadas pela crescente interdependência entre as nações, e pelas novas exigências internacionais decorrentes da globalização e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Ainda, sendo a última instância judicial do ordenamento brasileiro, cabe ao STF acompanhar as diretrizes internacionais, bem como zelar pelo cumprimento e observância dos tratados celebrados e obrigações contraídas no âmbito internacional. Além de guardar a Constituição, a nova ordem internacional tem exigido um novo papel do STF, mais afeto a questões internacionais.

O referido órgão judicial também constitui o último expediente posto à disposição dos indivíduos sob a jurisdição brasileira em caso de violação de direitos. É nesse contexto que se encontra a importância da atuação do STF na promoção e proteção do direito internacional dos direitos humanos. O Brasil é parte de importantes tribunais internacionais. Mostra-se relevante para o nosso estudo sublinhar o reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da CorteIDH. Em caso de violação de direitos humanos, os indivíduos sob a jurisdição brasileira podem buscar o poder judiciário no intuito de que a violação seja reconhecida; a violação seja cessada; a violação seja evitada; a situação de legalidade anterior seja reestabelecida; ou para que o responsável pela violação seja processado, julgado e condenado pelo ilícito, bem como a vítima seja compensada pelo dano. Após percorrer todas as instâncias, o derradeiro mecanismo interno disponível é o STF, sendo o último grau de jurisdição.

A CorteIDH desempenha papel subsidiário à jurisdição interna. Em não existindo mecanismos disponíveis, ou não tendo o Estado demonstrado interesse na resolução do caso, os indivíduos podem buscar amparo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). É certo

[203] BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: dez. 2015.

que os indivíduos não possuem legitimidade para demandar diretamente à CorteIDH. No entanto, tendo peticionado à CIDH, e não tendo sido alcançado os resultados esperados, em um prazo razoável, sua demanda será encaminhada à CorteIDH, para processamento e julgamento. Ainda, mesmo que o caso não tenha seguido para a CorteIDH, esta pode, por solicitação da CIDH, emitir medidas provisórias para evitar ou combater situações de gravidade e urgência, ou para garantir o resultado útil do processo.

Também é certo que a CorteIDH não é órgão recursal, não tendo o poder de revisar e modificar decisões internas. Sabe-se que a CorteIDH não é grau de revisão das decisões do STF. No entanto, é possível que a mesma avalie questões já discutidas por aquele órgão, agora o fazendo de acordo com a interpretação da Convenção. O mesmo se aplica no inverso, hipótese em que entendimentos já assentados pela CorteIDH podem ser objetos de discussão pelo STF.

Fica evidente, portanto, o crescente envolvimento do STF, tribunal constitucional, nas questões de direitos humanos, que transbordam o âmbito interno; bem como, por outro lado, a ingerência pela CorteIDH em assuntos que até um passado recente eram considerados de competência exclusiva dos Estados. Assim, um mesmo assunto pode ser discutido interna e internacionalmente; o que pode acarretar divergências entre eles.

Por todo o exposto, é possível encarar tal situação da seguinte forma: uma vez tendo ratificado a Convenção e reconhecido a jurisdição da CorteIDH, deve o Estado brasileiro (leia-se, inclusive, o poder judiciário brasileiro) observar e seguir as decisões e orientações daquele órgão, sob pena de incorrer em ilícito internacional, tendo em vista os princípios da boa-fé no cumprimento dos tratados, do *pacta sunt servanda*, dentre outros.

3. A soberania do Estado brasileiro x o sistema Interamericano de Direitos Humanos

Por soberania entende-se a igualdade formal entre os Estados. Crawford traz entendimento da Corte Internacional de Justiça, segundo a qual soberania pode ser entendida como a totalidade de direitos e deveres internacionais residentes em uma unidade territorial independente

– o Estado[204]. O autor segue ponderando que soberania é uma descrição do Estado e uma análise normativa dos seus atributos[205]. Como decorrência do reconhecimento da soberania, os Estados possuem plena competência no plano internacional para agir, celebrar tratados, etc., bem como possui competência exclusiva nos assuntos internos[206]. Também como corolário da soberania, destaca o autor que os Estados não se sujeitam uns aos outros; nem se sujeitam a processos compulsórios internacionais ou jurisdições sem o seu consentimento[207].

No entanto, tem ganhado relevo a desconstrução do conceito de soberania como algo rígido e absoluto. As novas demandas internacionais e a evolução da institucionalização na esfera internacional têm requerido uma releitura, mais aberta, dinâmica, e porque não dizer mais atualizada, do conceito de soberania. A soberania despe-se então daquela noção de que o Estado possuía competências privativas, as quais não permitiam a possibilidade de influências externas no âmbito interno dos Estados.

No entanto, a globalização e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, fenômenos recentes na história do direito internacional, têm reclamado novas formas de pensar a soberania. Isso porque se tem testemunhado um fortalecimento da proteção da pessoa humana, como corolário do reconhecimento do seu valor; bem como as intensas relações comerciais e financeiras, os avanços na tecnologia e na comunicação, a emergência da preocupação com o meio ambiente, com o desenvolvimento e com a paz, por exemplo. Tais mudanças têm demandado novas formas de entrelaçamento entre os vários sujeitos de direito internacional, recaindo na pluralidade de textos normativos e de instituições internacionais competentes a solucionar controvérsias ou promover e desenvolver temas específicos.

Essa nova conjuntura atenua as fronteiras, bem como relativiza a noção de soberania. Assuntos que antes apenas diziam respeito ao âmbito interno dos Estados, passam a ser forçosamente discutidos de forma ampla e global, presenciando-se a ingerência e influência do direito internacional, agora, na esfera interna. Nesse sentido, Crawford[208] assevera que não é apenas no plano internacional que os limites da soberania variam e flexibilizam-se. A aparente

[204] CRAWFORD, James. Chance, order, change: the course of international law. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2013. p. 63.
[205] Ibid., p. 64.
[206] Ibid., p. 64.
[207] Ibid., p. 64.
[208] Ibid, p. 66-67.

fronteira entre o interno e o internacional sempre muda, à medida que os Estados entram em novos tratados ou que novas áreas do direito internacional desenvolvem-se, tal como a dos direitos humanos. O autor destaca que mudanças e flexibilizações não destroem a noção de soberania, mas a reconfigura, asseverando, ainda, que soberania não significa liberdade do direito, mas liberdade dentro do direito. Outrossim, sublinha que firmar acordos internacionais é, por si só, um atributo da soberania estatal.

É incontroverso que nações, embora sejam reconhecidas como membros da comunidade internacional, devem modificar seus assuntos internos como consequência da sua participação naquela comunidade, Crawford[209]. A soberania é um conceito flexível que está se adaptando à globalização, consistente com uma variedade de formas de governos internos e com a evolução das instituições internacionais.

No contexto da proteção e promoção dos direitos humanos, a relativização da noção de soberania é evidente, conforme pontuado pelo próprio autor. A consciência da necessidade de proteção das pessoas, contra o arbítrio do Estado ou de particulares, a fim de se garantir o gozo dos direitos humanos, os mais essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna, tem desenvolvido mecanismos de promoção, tutela e reparação que, por vezes, resultam na intervenção de atores internacionais no âmbito interno dos Estados. Por exemplo, podem ser citados os mecanismos de supervisão da ONU, nos quais estão previstas visitas *in loco*, por especialistas, para a averiguação da situação dos direitos humanos em diversos países. Ainda, neste contexto, relevantes são os papeis dos tribunais internacionais, os quais condenam os Estados a adotar medidas de reparação às vítimas de violações de direitos humanos. Mais ainda, tem-se o papel do Tribunal Penal Internacional, o qual pode requerer a entrega de nacionais ao tribunal para processamento, julgamento e execução de pena. Sem falar, por fim, nos mecanismos internacionais de cooperação, que exigem dos Estados ações ativas na promoção e proteção dos direitos humanos. Ou seja, práticas e situações que antes seriam impensáveis por conta da noção de soberania absoluta, são hoje comumente presenciadas.

Assim, mostra-se clara a imperiosa necessidade de observância do Estado brasileiro aos preceitos normativos dos tratados internacionais de direitos humanos e às orientações e decisões emanadas pelos órgãos do SIDH, notadamente, neste estudo, as prolatadas pela CorteIDH. O

[209] Ibid., p. 77.

Brasil, no livre exercício da sua soberania, resolveu ratificar a Convenção, bem como reconheceu a competência jurisdicional do referido órgão. Assim, deve observância e respeito a suas diretrizes. Deve, portanto, zelar pela observância e cumprimento das decisões da CorteIDH, prezando pela correta e efetiva implementação dos seus comandos. No entanto, tais decisões podem ser claramente contrárias à ordem interna do Estado brasileiro, seja normativa, política ou jurisdicional, bem como podem esbarrar em práticas culturais arraigadas amplamente aceitas. São esses casos de choques entre ordens diversas que Marcelo Neves propõe-se a tratar.

Feitas tais considerações acerca da moderna abordagem do instituto da soberania, e os possíveis choques entre os direitos interno e internacional, esse trabalho se incumbirá de tecer algumas considerações acerca da teoria do transconstitucionalismo proposta por Marcelo Neves, a qual, transplantada para o direito internacional, é perfeitamente possível de ser utilizada na tentativa de conciliar a posição provinciana e soberanista, ainda presente na postura de alguns Estados, ou até das culturas locais, com as novas realidades normativas e institucionais do direito internacional.

4. A teoria do transconstitucionalismo

Não se pode negar as intensas mudanças em importantes aspectos da sociedade internacional: o processo de institucionalização, a pluralidade de textos normativas, os avanços na ciência e tecnologia, as intensas trocas financeiras, comerciais, etc. A noção de os Estados como únicos sujeitos do direito internacionais foi alargada, tendo sido reconhecidos novos atores, tais como as organizações internacionais, os indivíduos e as empresas multinacionais de importante relevância e poder econômico.

Paralelamente a essas mudanças, erguem-se novas preocupações, tais como as relativas à proteção da pessoa humana, do meio ambiente, etc, bem como a necessidade de se regular novas áreas, referentes, por exemplo, ao comércio, ao mar, etc. Tais questões não são mais entendidas como pertinentes exclusivamente aos Estados. Aqueles novos atores, agora, também estão envolvidos nos mecanismos de solução de controvérsias ou na formação de novas normas internacionais. Uma importante reflexão desta mudança diz respeito ao papel dos tribunais

internacionais, os quais têm complementado, subsidiariamente, e supervisionado as atividades dos Estados, quando esses não são capazes ou não demonstram interesse em observar e implementar as novas exigências e ditames internacionais.

Os tribunais internacionais e os tribunais nacionais têm sido demandados a pronunciar-se sobre mesmas matérias ou fatos que, têm se mostrado ser de interesse tanto da esfera interna quanto da internacional. Às vezes, essa sobreposição de competência leva a conflitos entre as posições adotadas pelo órgão interno e o internacional. Os tribunais nacionais enfrentam uma questão de determinada forma, enquanto os tribunais internacionais sustentam perspectivas diferentes para o mesmo problema. Nesses casos, é necessário um diálogo entre os sistemas normativos.

Como já asseverado, o Brasil reconheceu a competência da jurisdição da CorteIDH, sujeita à reciprocidade, e para fatos subseqüentes à declaração. Portanto, o Estado brasileiro escolheu estar subordinado às decisões da CorteIDH.

No entanto, é um fato conhecido que a implementação das decisões de tribunais internacionais pelo Brasil ainda é um enorme desafio. Sabe-se que as decisões da CorteIDH, sejam elas provisórias ou finais, têm força obrigatória para os Estados que reconheceram a sua jurisdição, bem como impõem obrigações a esses Estados, os quais devem cumpri-las. Não existem mecanismos internacionais que garantam a implementação destas decisões. A execução das decisões da CorteIDH depende das autoridades nacionais e da normatividade interna[210]. Alguns desafios permeiam a implementação de tais decisões, como por exemplo, o choque entre decisões e interpretações do direito interno e do direito internacional.

Diante disso, é fundamental desenvolver um diálogo permanente entre esses sistemas, capaz de promover interações, concessões e flexibilidade para harmonizar os choques e diferentes perspectivas entre a ordem do Estado brasileiro e os tribunais internacionais, como a CorteIDH. Existe uma necessidade atual de instigar esses sistemas a revisar e atualizar suas diretrizes, funções e entendimentos, permanentemente. O artigo não pretende defender a imposição unilateral das decisões da CorteIDH, mas sim discutir a construção de um diálogo construtivo entre as autoridades de poder internas e os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como mencionado, um enorme desafio é o choque entre as decisões e interpretações nacionais e as decisões internacionais. A CorteIDH enfrentou, e tem a possibilidade de seguir enfrentando,

[210] RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 385

algumas dificuldades no acatamento de suas sentenças devido à aparente ou efetiva contradição dessas com desenvolvimentos doutrinários ou jurisprudenciais nacionais:

> *Por isso, o cumprimento das decisões do sistema requer debates enriquecedores em âmbito nacional e um diálogo fluido entre os diversos atores locais e os órgãos de proteção regional. Em última instância, a execução das decisões está sujeita a certos desenvolvimentos legislativos, a políticas públicas, a desenvolvimentos doutrinários ou jurisprudenciais, que instruam a prática interna de modo a cumprir as decisões do sistema internacional*[211]

Na tentativa de superar os conflitos entre normas de sistemas diferentes, Menezes[212] propõe a teoria da transnormatividade. A referida teoria sustenta a necessidade de uma interação jurídica dinâmica entre o internacional e o nacional, diante da nova sociedade global desencadeada pelo fenômeno da globalização. Essa relação transnormativa dissolveria as fronteiras e possibilitaria uma interpenetração de normas de diferentes sistemas em um mesmo espaço de soberania e competência normativa.

Esforços para dirimir os choques decorrentes da expansão normativa também são empreendidos por Amaral Júnior[213]. Esse se apoia na teoria do diálogo das fontes desenvolvida por Erik Jayme. Esse autor propõe que, diante da pluralidade das fontes no atual cenário pós-moderno, é necessária a coordenação das leis, as qual devem coexistir com os métodos tradicionais de solução de conflitos entre normas. O método proposto por Erik Kayme baseia-se na aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes, propiciando a harmonização entre os subsistemas e afastando a fragmentação do sistema normativo. "A coordenação flexível das fontes reestabelece a coerência ao identificar complementaridades, convergências e harmonias"[214].

---

[211] KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais / organização Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [tradução Rita Lamy Freund]. - Rio de Janeiro: CEJIL , 2009, p. 41.

[212] MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. *In*: Pensar, Fortaleza, v.12, p. 134-144, mar. 2007. p. 140.

[213] JÚNIOR, Amaral. O "Diálogo" das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. p. 17-18.

[214] Ibid. p. 12.

Com relação aos choques entre as interpretações dadas pelos órgãos internacionais e nacionais a respeitos dos tratados internacionais de direitos humanos, Ramos destaca "a necessidade de compatibilização da intepretação nacional com a interpretação internacional dos direitos humanos[215]", propondo o que ele chama de "diálogo das cortes", o qual encoraja a troca de argumentos, promovendo uma influência recíproca entre os órgãos[216].

Neves, para desenvolver a sua teoria do transconstitucionalismo, valeu-se de lições e conceitos apresentados por Luhmann, na sua teoria dos sistemas. Luhmann[217] entende a sociedade como formada por sistemas autopoiéticos, autorreferenciais e operacionalmente fechados. Para este autor, a complexidade do mundo acarretou no desenvolvimento de sistemas cada vez mais especializados, cada um com uma estrutura própria de comunicação. Tais sistemas não são abertos ou fechados, no sentido de isolamento. Eles apenas funcionam a partir de seus próprios códigos, e com determinação própria dos seus sistemas e operações, mas se relacionam entre si, através dos acoplamentos estruturais. Eles se autodesenvolvem e se auto-alimentam. São os denominados sistemas autopoiéticos. Luhmann vê os sistemas sociais desta forma. Tais sistemas são sistemas de comunicação. O acoplamento estrutural seria o mecanismo pelo qual tais sistemas se relacionam. O funcionamento de tais sistemas não é determinado por outros sistemas. Cada sistema determina se e como receberá irritações externas, e como as processará. Ou seja, acontecimentos externos somente estimularão operações internas do sistema, se este o permitir, e da forma que este permitir. Quer dizer, as relações com o meio são guiadas por diretrizes desenvolvidas pelo próprio sistema.

Neves[218] visualiza e discute os possíveis conflitos entre as determinações de direitos humanos internacionalmente, os entendimentos de direitos fundamentais da ordem interna e os direitos de comunidades locais extraestatais, sustentando a necessidade imperiosa destas instâncias se por abertas a um constante diálogo e promover revisões das suas diretrizes "para ceder às exigências das perspectivas de outras ordens normativas em relação ao significado e abrangência de direitos colidentes". Não se trata de impor um entendimento sobre o outro, impositivamente,

[215] RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 378.
[216] Ibid., p. 378.
[217] LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedade. 2ª ed. México: Herder, 2005.
[218] NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In: Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014, p. 208.

mas de reconhecer tais conflitos e promover ajustes e conciliações entre as diferentes perspectivas. Neves propõe, então, um diálogo transconstitucional, por meio de uma releitura das antigas compreensões e do desenvolvimento e absorção de novas, sejam elas acerca de normas estatais, ou de normas internacionais de direitos humanos e ou de normas de comunidades locais extraestatais, promovendo um aprendizado recíproco com a experiência do outro[219].

Neves[220], recorrendo à abordagem sociológica do direito proposta por Luhmann, sustenta que deve haver um diálogo entre as fontes internas de direito, mesmo aquelas produzidas por atores não-estatais, e as fontes internacionais de direito. Ainda, ele assevera que o mundo tem se tornado cada vez mais complexo, passando a ser composto por uma vasta diversidade de sistemas. Mais do que isso, tais sistemas têm se tornado cada vez mais especializados, desenvolvendo cada um deles seus próprios códigos.

No entanto, tais sistemas não são isolados. Eles são capazes de receber irritações externas, ainda que eles próprios determinem como quais irritações serão recebidas, e como elas serão capturadas e processadas. Ou seja, não resta dúvidas de que tais sistemas se relacionam. Os sistemas não podem se fechar. Ao contrário, cada um deve desenvolver critérios para a adoção de irritações externas. Luhmann[221] sugere um acoplamento estrutural entre os sistemas, o qual asseguraria uma constante adaptação entre os diferentes sistemas, mantendo, ao mesmo tempo, as especificidades de cada um deles.

De acordo com Neves, há uma relação entre as normas constitucionais e as normas internacionais, cada uma delas formando um sistema autopoiético: "…assim como há um alcance internacional das normas constitucionais, há um alcance constitucional das normas internacionais"[222]. Isso significa que mesmos problemas ou questões são analisadas e consideradas por diferentes ordens e perspectivas concomitantemente. O autor, então, pontua:

> *A "abertura da estatalidade", ao contrário, trouxe consigo uma "interpenetração entre ordem estatal e internacional", que exige progressivamente um aprendizado e um intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, a estatal e a internacional*[223].

---

[219] Ibid., p. 208
[220] NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.
[221] LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedade. 2ª ed. México: Herder, 2005, p. 18
[222] Ibid., p. 134-135.
[223] NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 134.

> *Na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais*[224].

Tal situação demanda o que Luhmann denomina de "formas de *re-entry*" nas perspectivas de observação recíproca. *Re-entry* é a capacidade de cada sistema de se diferenciar dos demais, introduzindo essas diferenciações em si mesmos, utilizando-as principalmente para definir as suas operações internas e as suas estruturas:

> *Nesse sentido, o transconstitucionalismo específico entre ordem internacional e ordem estatal apresenta-se na forma de uma "Constituição" em que se "engatam" a responsabilidade do Estado perante o seu contexto social interno e a sua "responsabilidade interestatal", mas também abrange o entrelaçamento dessas responsabilidades estatais com a "responsabilidade interestatal" da organização internacional, que, por sua vez, serve à "intermediação entre ordens sociais estatais"*[225].

Nessa esteira, Neves traz lições que remetem à ideia atual de relativização da noção de soberania absoluta, posto que se assim o fosse, impossível seria discutir formas de transconstitucionalismo como medidas aptas a dissolver os conflitos entre as ordens interna e internacional:

> *Na medida em que as cortes internacionais partem primariamente da ordem interestatal, confrontam-se com as compreensões das instituições e dos problemas por parte da correspondente ordem estatal. Por um lado, uma imposição internacionalista unilateral apresenta-se como problemática, não porque se possa recorrer aos princípios tradicionais de autodeterminação ou da*

[224] Ibid., p. 132.
[225] Ibid., p. 135.

> *igualdade soberana, mas sim porque, sem autoinstitucionalização do constitucionalismo no plano estatal, falta uma das racionalidades jurídicas específicas necessárias à afirmação do transconstitucionalismo. O modelo de intervenção tem mostrado a sua precariedade ou insignificância na construção de ordens constitucionais internas. Por outro lado, quando os tribunais nacionais pretendem partir exclusivamente da ordem jurídico-constitucional, confrontam-se – sobretudo quando se trata do caso extremo de jus cogens – com a crescente dificuldade de deixar de lado as instituições e normas do direito internacional público em nome da soberania, pois essa não pode mais ser legitimada como um conceito de autonomia territorial, mas sim cada vez mais como uma noção relativa a "uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial. Considerando-se a "soberania interna" como responsabilidade do Estado perante o seu contexto social e a "soberania externa" como sua responsabilidade perante o contexto interestatal, e assumindo-se que a "sociedade de Estados" constitui um "sistema de perspectivas divergentes do mundo" e a "igualdade soberana" representa uma "estrutura de orientação recíproca do comportamento", parece irracional um modelo que parte de uma única perspectiva, seja essa a estatal ou a internacional abrangente"*[226].
>
> *... a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença na ultima ratio do direito internacional público: não só aqueles, mas também este pode equivocar-se quando confrontado com questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos*[227].

Geromel vale-se destas lições, ao discutir as tensões entre a supremacia da constituição e a prevalência do direito internacional:

> *Já NEVES acredita que as relações entre as ordens jurídicas internacionais e estatais sofrem um momento de tensão, na medida em que o clássico paradigma da ratificação, como meio de contato entre elas, vem perdendo significado com*

[226] Ibid., p. 133-134.
[227] Ibid., p. 151.

> *a crescente incorporação de questões constitucionais no âmbito de competência dos tribunais internacionais, vinculando indivíduos e agentes do Estado. para a superação dessas tensões, o constitucionalista defende o desenvolvimento de novas formas de re-entry sob a perspectiva de relações recíprocas que abranjam "um aprendizado e um intercâmbio" entre essas experiências. Por fim, concluiu que há a necessidade de tratar as questões constitucionais de maneira menos provinciana, sem, contudo, levar à crença de uma última ratio do Direito Internacional*[228].

Assim, resta claro que a ordem brasileira necessita abrir-se para as demandas e exigências internacionais, a fim de ajustar o sistema nacional com as suas obrigações internacionais. O direito interno e o direito internacional são sistemas autopoiéticos: possuem seus próprios códigos binários e suas operações, ao mesmo tempo em que se auto-relacionam através dos acoplamentos estruturais. Recebem estímulos e irritações recíprocos e processa-os. Tais sistemas, portanto, devem definir mecanismos e critérios de relacionamento. Em assim o sendo, torna-se possível um diálogo entre os mesmos, que permita a ressignificação e a troca constante, como forma de diluir os choques e permitir um aprendizado recíproco entre tais sistemas.

5. Análise de Jurisprudência

Neste momento, mostra-se oportuno trazer decisão do STF, em ordem a analisar o entendimento desse órgão, notadamente se o mesmo tem seguido o mesmo alinhamento do SIDH, ou se suas perspectivas têm colidido. A escolha do tema deu-se em razão de sua notoriedade e peso nos debates acadêmicos. Trata-se de discussão ainda em voga, posto que há discordâncias entre o entendimento já assentado pela CorteIDH e o julgamento realizado pelo STF sobre as leis de anistia.

[228] GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 106.

Entre os anos 1964 e 1985, o Brasil viveu sob uma ditadura civil militar, na qual direitos humanos foram gravemente violados por agentes estatais. Foram impostos diversos atos institucionais, os quais suprimiam direitos constitucionais. Esta época foi marcada por perseguições políticas, torturas, censuras, desaparecimentos forçados. Todos aqueles que se opunham ao regime militar eram considerados inimigos do Estado. Em 1979, o então presidente João Figueiredo, assinou o projeto de lei e o enviou ao Congresso Nacional para promulgação. Assim, tem-se a promulgação da Lei de Anistia em 1979, Lei nº 6.683/79[229], como um marco do início da transição para um regime democrático no País.

Sob o referido amparo normativo, não foram investigadas e muito menos punidas as violações aos direitos humanos cometidas por agentes estatais da ditadura militar, nem os crimes políticos e eleitorais cometidos por estes. A Constituição Federal de 1988, no artigo 8º do ADCT[230], traz algumas ideias que corroboram com a ideia de anistia. Ocorre que, em que pese o dispositivo constitucional trazer previsões de reparação às vítimas, o processo de transição deve ser entendido de forma mais ampla, a abranger a investigação, processamento, julgamento e punição dos responsáveis pelos atos ilícitos. De acordo com Piovesan, a "justiça de transição lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática"[231].

A partir da Lei de Anistia, o Estado brasileiro impediu a punição dos agentes responsáveis pelos graves crimes cometidos durante a ditadura civil militar. Tal lei foi elaborada por um Congresso ainda controlado pelos agentes da ditadura. Em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Ação por Descumprimento de Preceito fundamental, a então ADPF 153. Nesta ação, a OAB questionou a anistia concedida aos agentes do Estado que durante a ditadura civil militar protagonizaram uma série de violações aos Direitos Humanos. Na mesma ação, requereu que fossem revelados os nomes dos militares e policiais que agiram em nome do Estado.

---

[229] Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: out. 2017.

[230] BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: dez. 2015.

[231] PIOVESAN, Flavia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007, p. 113.

É preciso atentar para a questão de que os crimes de tortura e desaparecimento forçado violam a ordem internacional e, em razão de suas gravidades, são insuscetíveis de anistia ou prescrição. O crime de tortura é considerado um crime de lesa humanidade, sendo, assim, imprescritível, de acordo com a ordem internacional, bem como o crime de desaparecimentos forçado, conforme preleciona Piovesan[232]. Há o entendimento de que esses crimes ocorreram em um contexto de ataques generalizados por parte do Estado brasileiro contra as pessoas que se opunham ao regime autoritário, e assim, caracterizariam crimes contra a humanidade, de acordo com o direito internacional público[233]. Ocorre que a Lei sobre tortura somente foi editada em 1997 no Brasil, Lei nº 9.455/97[234].

Assim, segundo os doutrinadores de direito internacional, pelo fato do crime de desaparecimento forçado representar um crime permanente, não é possível definir um marco para contagem da prescrição. E nesse sentido, o Estado tem o dever de investigar e punir os responsáveis por estes crimes, ainda que os crimes tenham sido praticados em data anterior à ratificação da Convenção e ao reconhecimento da jurisdição da CorteIDH. Ainda assim, o STF, ao julgar a ADPF 153, entendeu pela validade e constitucionalidade da Lei de Anistia, ignorando diversos preceitos do direito internacional, tais como a imprescritibilidade dos crimes de desaparecimento forçado e tortura, bem como o direito à verdade e ao acesso à justiça. Após o julgamento do STF, a CorteIDH, em ação proposta pelos familiares das vítimas no Araguaia, conhecida como Caso Gomes Lund, entendeu que as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção e com o regime jurídico decorrente do SIDH.

A postura adotada pelo STF ensejou diversas respostas pela sociedade brasileira. Kosicki *apud* Meyer[235] elenca algumas respostas desse *blacklash*, tais como o envio ao Congresso Nacional pela Presidência da República do Projeto de Lei 12.528 de 2011[236], que resultou na instituição da

[232] Ibid., p. 118
[233] DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. Justiça de Transição no Brasil: Direito, responsabilidade e verdade. Editora Saraiva. São Paulo. 2010, p. 41
[234] BRASIL. LEI 9.455 de 07 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: ago. 2018.
[235] KOSICKI apud MEYER, Emilio P. N. Judicialização da justiça de transição: impactos a partir e sobre o constitucionalismo contemporâneo. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107.
[236] BRASIL. Lei 12.528 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: ago. 2018.

Comissão Nacional da Verdade; reações de críticas nas ruas aos apoiadores da ditadura e iniciativas legislativas visando à exclusão da abrangência legal da anistia de autores de crimes contra a humanidade. O Caso Gomes Lund, julgado pela CorteIDH, versava sobre violações de direitos humanos no contexto da Guerrilha do Araguaia:

> *Na metade final dos anos 1960, um conjunto de militantes do então extinto Partido Comunista Brasileiro (PCdoB), convencidos de que as saídas institucionais estavam esgotadas após a imposição do bipartidarismo e a consolidação do regime militar, instalaram-se na região do Bico do Papagaio, as margens do Rio Araguaia (fronteira entre os estados do Pará e do atual estado do Tocantins, então Goiás), com objetivo de fundar uma guerrilha rural de inspiração maoísta. O movimento estabeleceu relações com a comunidade local e cresceu nos anos que se seguiram. Em 1972, pelo menos 90 guerrilheiros encontravam-se na região*[237].

Este movimento foi duramente combatido pelas forças do regime militar. A coibição foi mantida em segredo dentro da estrutura da repressão e posteriormente negado pelos envolvidos"[238]. Assim, os familiares, em 1982, propuseram uma ação judicial, com o objetivo de obrigar o Estado a apresentar satisfações sobre o ocorrido e entregar os restos mortais dos desaparecidos. No entanto, tal ação resultou em medidas insuficientes e insatisfatórias[239]. Somado a isso, a Lei da Anistia contribui para a impossibilidade da satisfação dos direitos das vítimas e de seus familiares, posto que impossibilitou qualquer ação criminal contra os autores das violações. Neste contexto, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (Cejil) e o Human Rights Watch (HRW) apresentaram à CIDH, em 1995, petição representando as vítimas e seus familiares. Na exordial, elencaram, principalmente, as detenções arbitrárias, tortura e desaparecimentos forçados, a ausência de investigação penal em razão da lei de anistia, a inefetividade dos recursos judiciais de natureza civil para garantir o acesso às informações sobre os fatos, inclusive aquelas

[237] TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois: Histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. *In:* PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 527.
[238] Ibid., p. 527.
[239] Ibid. p. 528.

indispensáveis para a localização dos restos mortais dos desaparecidos, conforme dispõe Torelly[240].

Em sua decisão, a CorteIDH entendeu que as disposições da Lei da Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção e não podem permanecer como obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis[241]. Ocorre que, a lei de anistia ainda se encontra vigente no país, sob o amparo da decisão do STF, declarando a sua constitucionalidade, através da ADPF 153.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs nova ação, amparando-se na decisão da CorteIDH, acerca da lei de anistia, a ADPF 320, que ainda encontra-se pendente de julgamento. A legenda pretende que a Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) não se aplique aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos – militares ou civis – contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos. Também deseja que não seja aplicada aos autores de crimes continuados ou permanentes, ao alegar que os efeitos dessa norma expiraram no dia 15 de agosto de 1979.

Cabe ainda ressaltar que, em que pese decisão a desfavor do Brasil sobre essa temática em 2010, muito anteriormente a CorteIDH já vinha decidindo acerca da inadmissibilidade e inconvencionalidade das leis de anistia. No entanto, o Brasil sequer se ateve aos precedentes jurisprudenciais para a análise da primeira ADPF, de número 153. Integrando o SIDH e tendo reconhecido a jurisdição da CorteIDH, caberia ao Brasil e a seus órgãos e agentes ponderar e observar as prévias decisões daquele órgão, a fim de se manter alinhado às exigências e tendências internacionais, conforme já discutido nesse trabalho.

Em um primeiro momento, a CorteIDH considerava contrárias à Convenção "apenas as auto-anistias promulgadas por regimes autoritários, legitimando a adoção dessas leis por governos democráticos interessados na pacificação nacional e estabilidade do sistema político", conforme considera Bernardi[242]. No entanto, tal entendimento modificou-se, assentando de forma patente a

[240] Ibid., p. 528-529.
[241] Ibid., p. 540.
[242] BERNARDI, Bruno Boti. Justiça de transição e as leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In:* PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 414

invalidade das leis de anistia promulgadas tanto pelos governos democráticos da Argentina e Uruguai quanto por El Salvador, em 1992, de acordo com Bernardi[243], firmando a obrigação de investigar, processar e punir os agentes violadores; o dever de superar obstáculos processuais como os regimes de prescrição e os princípios de legalidade, coisa julgada (*non bis in idem*) e não retroatividade da lei penal em casos de graves abusos de direitos humanos; proibindo a realização de julgamentos de civis por tribunais militares, prática comum em regimes autoritários que fere o devido processo legal; definindo os desaparecimentos forçados como um crime continuado; e vetando a aplicação da jurisdição militar para membros das Forças Armadas acusados de violações de direitos humanos, já que tal procedimento induz à impunidade, Bernardi[244].

Bernardi[245] ainda elenca outros casos que também culminaram na reafirmação da invalidade das leis de anistia: Caso Barrios Altos, contra o Peru, em 2001; Caso Almonacid Arellano, contra o Chile, em 2006; Caso Moiwana, contra o Suriname, em 2005; o caso do Massacre da Rochela, contra a Colômbia, em 2007. No caso especificamente da sentença do caso Almonacid Arellano, a Corte, pela primeira vez, "formulou sua doutrina sobre o controle de convencionalidade, mediante a qual tribunais domésticos estariam obrigados a deixar de aplicar normas que contrariem não só a CADH, mas também a interpretação realizada pela CorteIDH a respeito dos dispositivos e direitos da Convenção"[246]. Verifica-se, pois, uma quebra entre o diálogo da CorteIDH com o STF. Em que pese importante decisão da CorteIDH para a concretização e reafirmação da justiça e da democracia, bem como o enfrentamento das injustiças passadas, o STF ainda persiste em ignorar tais preceitos, permanecendo com o entendimento da constitucionalidade e validade da lei de anistia.

6. Conclusão

De todo o exposto ao longo deste trabalho, é perceptível que o Brasil não tem seguido as orientações da CorteIDH, no que toca às leis de anistia como instrumento para a justiça de

[243] Ibid., p. 414.
[244] Ibid., p. 417.
[245] Ibid.
[246] Ibid., p. 421.

transição, o que pode significar uma frustração para quem aguarda o progresso na proteção dos direitos humanos. É preciso ter em mente que surgem, constantemente, novas questões sobre direitos humanos, que transbordam as preocupações e anseios nacionais. Tais temáticas são, também, de interesse do direito internacional dos direitos humanos. A noção de soberania dos Estados tem sido resignificada, de modo a reconhecer a ingerência do direito internacional em assuntos que antes eram tratados "como um domínio exclusivo e discricional da política doméstica":

> *De maneira sucinta, a posição do sistema interamericano é a de que os Estados têm um dever internacional de investigar e punir criminalmente os graves abusos de direitos humanos ainda que, para tanto, seja necessário aplicar regras e procedimentos judiciais especiais que demandem algum grau de flexibilização de certos procedimentos, princípios e dogmas do Direito Penal doméstico*[247].

> *... o impacto e cumprimento dos pronunciamentos do sistema interamericano passam necessariamente por uma compreensão e exercício do Direito que sejam capazes de superar a tradicional aplicação mecânica de leis e normas escritas em favor da avaliação e aplicação de valores e princípios pró-direitos, subvertendo assim os padrões de ensino jurídico e a cultura legal positivista e formalista nos quais a maioria dos atores judiciais latino-americanos está imersa*[248].

Assim, em casos de conflitos entre os entendimentos da CorteIDH e as provisões normativas e jurisprudenciais do Brasil, insta considerar as lições de Neves, as quais, confrontadas com a realidade, demonstram a imperiosa necessidade do Brasil de abrir sua ordem para o sistema internacional. No presente trabalho, foi analisado um caso que demonstra a relação entre a instância máxima judicial do Brasil, o STF, e a CorteIDH, órgão jurisdicional do SIDH. O caso revela um profundo conflito entre as ordens interna e internacional. E é nesse contexto que se insere a importância da teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves. No tocante à lei de anistia, verificou-se a total inobservância pelo STF da jurisprudência da CorteIDH e dos comandos

[247] Ibid., p. 425.
[248] Ibid., p. 429.

da Convenção. Em que pese o entendimento da invalidade das leis de anistia já assentado pela CorteIDH, o Brasil posicionou-se pela constitucionalidade da referida lei, não exercendo um controle de convencionalidade, nem seguindo as orientações jurisprudenciais internacionais.

Restou patente o apego do STF ao positivismo jurídico, fechando-se para as diretrizes internacionais. Nota-se uma postura soberanista, entendendo-se nessa caso a visão soberanista tradicional, que não reconhece a possibilidade de flexibilização do instituto como corolário lógico da evolução das preocupações e normatividade internacional. Assim, verifica-se um choque entre o entendimento do STF e as decisões da CorteIDH sobre tal temática. Caberia nesse caso, a aplicação da teoria do transconstitucionalismo, que preleciona o diálogo em casos de colisões entre ordens normativas distintas. O estabelecimento de um diálogo entre tais sistemas proporcionaria um possível entendimento entre os órgãos. Por meio da troca de experiências e perspectivas, seria factível uma releitura por cada órgão de seus entendimentos e conceitos, conduzindo-os a uma concordância. O Brasil se posicionaria em direção a trocas com o referido sistema internacional de proteção de direitos humanos, permitindo-se ser influenciado por novas perspectivas e experiências. Conforme pontua Neves, sobre um mesmo caso, uma mesma temática, há pontos sensíveis em que apenas um dos dois sistemas é capaz de enxergar, são os chamados "pontos cegos". E são esses pontos que precisam ser postos e discutidos através do diálogo, permitindo uma compreensão mais ampla do problema. Neste caso, os direitos humanos figurariam como uma ponte entre as fronteiras dos sistemas, permitindo uma ponte de diálogo e interação.

O Estado brasileiro não pode ignorar o sistema internacional. Cada sistema possui sua estrutura e funções, que são definidas pelos próprios sistemas. No entanto, o sistema de direito interno brasileiro e o sistema de direito internacional de direitos humanos não são fechados, e nem podem o ser. Por vezes, ambos os sistemas precisam lidar com os mesmos problemas, posto que esses afetam tanto um quanto o outro. Portanto, um diálogo construtivo e permanente entre esses sistemas é essencial. Os mesmos precisam reconhecer uns aos outros, suas funções, a fim de definir critérios que permitam a harmonização das diferentes perspectivas. Cada sistema pode ser atualizado. Cada um pode rever suas concepções e operação. Somente assim, as questões dos direitos humanos poderão alcançar as soluções mais eficazes, a ser implementadas pelos diferentes sistemas.

Bibliografia

BERNARDI, Bruno Boti. Justiça de transição e as leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: dez. 2015.

_____. Decreto nº 678 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: nov. 2018.

_____. Lei nº 12.528 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: ago. 2018.

_____.Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: out. 2017.

CRAWFORD, James. Chance, order, change: the course of international law. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2013.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. Justiça de Transição no Brasil: Direito, responsabilidade e verdade. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

GEROMEL, Vitor. Jurisdição internacional e justiça brasileira: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

JÚNIOR, Amaral. O "Diálogo" das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo.

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais / organização Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [tradução Rita Lamy Freund]. - Rio de Janeiro: CEJIL , 2009.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedade. 2ª ed. México: Herder, 2005.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: Pensar, Fortaleza, v.12, p. 134-144, mar. 2007.

MEYER, Emilio P. N. Judicialização da justiça de transição: impactos a partir e sobre o constitucionalismo contemporâneo. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In: Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12.

PIOVESAN, Flavia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois: Histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês V. P. Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF. 1ª ED. Salvador: Juspodivm, 2016.

OS ADVOGADOS

O BACHAREL E A CRIAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS

O advogado compõe, com o juiz de Direito e o promotor público, o triângulo responsável pela distribuição da Justiça. De sua atividade nos pretórios depende a maior ou menor correspondência das decisões tomadas com a verdade substancial.

Ora, para que o advogado possa desempenhar bem suas atribuições, não lhe basta estar tecnicamente preparado para exercê-las. Da mais relevante importância é estar ele vinculado a uma entidade que proclame o privilégio da inteligência, da dignidade, da sabedoria e da independência, que são os títulos distintivos da nobre classe dos advogados.[1] Eis por que, após a criação, em 1827, das duas primeiras academias de Direito, fundou-se, em 1843, o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Nessa época, já se considerava imprescindível a criação da Ordem dos Advogados, aliás prevista nos estatutos aprovados pelo Imperador como principal finalidade do Instituto, "em proveito geral e da jurisprudência" (artigo 2.º).

---

1. Levy Carneiro, *Na Promotoria Geral do Distrito Federal,* 1927.

Contudo, durante a Monarquia, não obstante lançada por Montezuma, em seu discurso inaugural do Instituto dos Advogados, a campanha para a criação da Ordem, foram baldados todos os esforços neste sentido. Não menos árdua e improfícua foi a batalha travada durante a I República. Projetos para a criação da Ordem foram apresentados pelo Barão de Loreto, Inglês de Souza e Eugênio de Barros, sem qualquer repercussão. Novos reveses sofreram os apresentados por Celso Bayma (1911) e pela comissão integrada por Aurelino Leal, Alfredo Pinto e Fernando Mendes de Almeida (1916/1921).

Sem dúvida, foi Alfredo Pinto Vieira de Melo, 15.º presidente do Instituto da Ordem dos Advogados, no biênio 1912/1914, o mais ardoroso propugnador da criação da Ordem, como desdobramento natural e lógico do Instituto. Segundo o seu entendimento, a Ordem não deveria ser o monopólio de uma profissão liberal, mas o seu órgão disciplinador, o elemento permanente de sua defesa, um centro de atividade científica e de resistência tenaz contra as incursões dos mercenários no templo da Justiça (João Gualberto de Oliveira, *História dos Órgãos de Classe dos Advogados,* p. 343).

Já então se declarava que na profissão do advogado "não existia disciplina e compostura suficientes, nem seleção, nem estágios, não tendo o valor que deviam ter os diplomas científicos, a experiência, a proficiência, o tirocínio e o esforço".[2]

Ruy de Azevedo Sodré entende que as fortes impugnações dos projetos apresentados aos parlamentos do Império e da República com vistas à criação da Ordem dos Advogados do Brasil eram devidas precisamente ao zelo da liberdade profissional, depois proclamada pela Constituição de 1891, zelo que, entretanto, impedia a correção

---

2. Azevedo Marques, *in* Ruy Azevedo Sodré, *O advogado, seu estatuto e a ética profissional,* 2.ª edição, 1967.

dos desmandos que então se observava nos diversos setores da advocacia.[3]

Paradoxalmente, foi num momento em que estavam suspensas as liberdades públicas e restringidos os direitos individuais, no momento mesmo em que a insânia do poder pessoal se instalava no País, com todas as agravantes do arbítrio e da violência, que se criou a Ordem dos Advogados do Brasil, por força de dispositivo especial incluído no decreto n.º 19.408, de 18/XI/1930, que reorganizou a Corte de Apelação do Distrito Federal. Superou-se, então, o descabido preconceito de que o órgão representaria um privilégio da classe, violador do cânone constitucional da igualdade de todos perante a lei.

O certo, porém, é que se tratava de um órgão de utilidade pública essencial, absolutamente imprescindível para selecionar, disciplinar e defender os causídicos do País, devendo ser oficializado sem maiores protelações.

A Ordem dos Advogados Brasileiros foi obra do desembargador André de Faria Pereira, que convenceu o então ministro da Justiça do governo provisório a introduzir naquele decreto o artigo que tomou o n.º 17 e que a declarava criada. "Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção na classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados e aprovação pelo Governo".

"A Revolução de 1930 — escreve Levy Carneiro no parecer que encaminhou ao governo a minuta do decreto de regulamentação da OAB — deu um alto significado à criação da Ordem, enquadrando-a entre as reformas que devem remodelar a nacionalidade. E não terá errado. Porque a OAB é uma das criações necessárias para a

3. Ruy de Azevedo Sodré, *op. cit.*.

moralização da vida pública nacional, que todos sentimos urgente empreender".

Antes da criação da Ordem dos Advogados do Brasil, se não havia disciplina, nem compostura na classe, menos ainda haveria seleção para nela ingressar.

Segundo André de Faria Pereira, não havia egresso das penitenciárias ou comerciante falido que não se julgasse com o direito de sobraçar uma pasta e afrontar o pretório no exercício da mais degradante rabulice. A consciência coletiva repelia os intrusos, mas seus malefícios desmoralizavam o ambiente a tal ponto que a função de advogado despertava suspeitas. "Os causídicos dignos do nome sofriam a concorrência desleal de aventureiros ousados e não havia meios de neutralizar a intoxicação causada no meio social pelos elementos claudicantes, que prosperavam à sombra de generalizada irresponsabilidade".[4]

Concluído o curso de Direito, o bacharel apresentava o diploma, para simples registro, nos tribunais de Justiça, que não apuravam, nem sindicavam da sua procedência; registravam-nos apenas. E, assim, o bacharel tornava-se, sem qualquer formalidade, advogado. A disciplina ficava a cargo de juízes e tribunais.

A CARREIRA DO ADVOGADO

Decorridas, porém, mais de quatro décadas desde então, a advocacia apresenta-se como uma profissão disciplinada, coesa, quase inteiramente escoimada dos abusos e falhas de outrora.

A Ordem teve o condão de infundir no espírito público maior confiança na capacidade moral e intelectual de seus componentes, propiciando, ademais, respostas

---

4. André de Faria Pereira, Discurso na sessão comemorativa do 25.º aniversário da Instalação da OAB.

adequadas às mais árduas e complexas questões de Direito.

De 1930 até nossos dias, o regulamento da Ordem, baixado com o decreto 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, passou por inúmeras reformas, consubstanciadas no decreto 24.631, de 9 de julho de 1934; na lei 510, de 22 de setembro de 1937; nos decretos 24.185, de 30 de abril de 1940; 2.407, de 15 de julho de 1940; 3.063, de 19 de fevereiro de 1941; 4.803, de 6 de outubro de 1942; 5.410, de 15 de abril de 1943; 7.359, de 6 de março de 1945; 8.403, de 20 de dezembro de 1945; e nas leis 690, de 30 de abril de 1949 e 1.183, de 28 de agosto de 1950.

Finalmente, surgiu o novo estatuto, baixado com a lei 4.215, de 27 de abril de 1963, posto em vigor em 9 de junho do mesmo ano, com alterações substanciais em todo o sistema, tendentes a acompanhar a evolução política e jurídica por que veio passando o País nos últimos tempos.

A OAB tem a forma federativa e se compõe dos seguintes órgãos: conselho federal e conselhos seccionais, diretorias das subsecções e assembléias gerais dos advogados. O conselho federal, com sede na Capital da República, "é o órgão supremo da Ordem dos Advogados do Brasil".

Órgão de cooperação com a Justiça e indispensável ao bom desempenho desta, a Ordem, pelas finalidades que lhe são reservadas, executa, inquestionavelmente, um serviço público especializado de caráter permanente, e da natureza daqueles que só podem ser realizados por entidade estatal ou por entidade a que se transferiu o atributo específico da autoridade estatal, isto é, o *imperium*. Na execução de sua tarefa e no exercício de seus poderes a Ordem não está subordinada senão à lei. Não se colocou na dependência hierárquica de qualquer outro órgão ou entidade. Não conhece ela qualquer outra forma de con-

trole, senão o jurisdicional. Armada de tais poderes, votada ao desempenho de serviços públicos de alta relevância, investida de tão marcante autoridade pública, a Ordem é uma corporação profissional a que se conferiram também atribuições de natureza estatal, dando-lhe o caráter de ente público, de pessoa jurídica de Direito Público.[5]

Recentemente, a propósito das exigências da OAB relativas ao cumprimento, pelos recém-formados, dos dispositivos insertos em seu regulamento, determinantes do estágio e do exame de Ordem (artigos 50 a 53), procurou-se argumentar com uma suposta colidência das normas em questão com o princípio da liberdade do exercício profissional, com o indisfarçável objetivo de regredir ao anterior regime de irresponsabilidade, em favor exclusivo da proliferação desmesurada de faculdades de Direito no País.

A propósito, o eminente jurista Nehemias Queiroz, na exposição de motivos que acompanhou o projeto 1.751, de 1956, elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil, afinal transformado na lei 4.215, de 27 de abril de 1963, assim se manifestava: " A fim de tornar exeqüível o poder de seleção da Ordem, meramente teórico até agora, assegurando a manutenção de uma verdadeira consciência profissional e elevando, ao mesmo tempo, o nível cultural da classe e a sua eficiência técnica, estabeleceu-se a exigência do estágio profissional como requisito para inscrição no quadro de advogados. O estágio será permitido a partir do quarto ano do curso jurídico, de modo a assegurar ao candidato sua conclusão simultaneamente com a diplomação universitária. O Exame de Ordem ("bar examination"), *será obrigatório apenas para os candidatos à inscrição que não tenham feito o estágio profissional ou para os que não tenham comprovado satisfatoriamente o seu*

5. Dario de Almeida Magalhães, *in Revista de Direito Administrativo*, 20: 340. — R. J.

exercício e resultado. (art. 49). Para não acrescentar *mais de dois anos ao currículo do candidato a advogado*, adotou-se uma fórmula transacional ao sistema dominante nos Estados Unidos e na Europa, sem dúvida ainda mais rigoroso que o estabelecido no anteprojeto''.

Mas os interesses pessoais, contra os quais o governo federal não soube resguardar-se, impuseram a edição da lei 5.842, de 6 de dezembro de 1972, que dispensou os bacharéis que realizaram junto às respectivas faculdades o estágio de prática forense e organização judiciária, do exame de Ordem e do estágio feito em convênio com a OAB.

Numa atitude realmente incompreensível, o presidente da República sancionou o projeto de lei que praticamente extinguiu o chamado ''exame de Ordem'' — que a isso equivale a dispensa para quantos tenham feito estágio nos cursos de Direito ou fora deles, que, na verdade, nada representam — acabando, pois, por liquidar com a carreira do advogado. Pasma que o tenha feito, sobretudo depois que a matéria, submetida ao Conselho Federal de Educação havia obtido deste pronunciamento favorável. O órgão do Ministério da Educação fora chamado a opinar porque o principal argumento invocado pelos que desejavam abolir aquela prática moralizadora e saneadora, aliás recentemente instituída, era que o livre exercício da profissão não poderia ser obstado depois de percorridos, pelo candidato, os cinco anos de uma faculdade de Direito, com aproveitamento formal.

É precisamente neste ponto que reside o grande equívoco que, de tão visível, compromete quantos se bateram e se deixaram emaranhar pelos argumentos demagógicos daqueles que conseguiram, com o ato presidencial, a abolição do sistema moralizador. Com efeito, as faculdades de Direito formam bacharéis em Direito e Ciências Sociais. Não formam advogados. Para que o bacharel se transforme em advogado e possa atuar

profissionalmente é necessário que se registre no organismo de classe que é a Ordem dos Advogados, onde vários requisitos são comumente exigidos. Somente o preenchimento destes é que decidirá da admissão do bacharel nos quadros da entidade. O "exame de Ordem" era, tão-somente, um desses requisitos, análogo aos que se antepõem às carreiras da magistratura, do Ministério Público, da Polícia ou da advocacia do Estado. Ora, jamais se consideraram estes últimos exames como indevida intromissão, de órgãos ou instituições, em assuntos de exclusivo interesse do Ministério da Educação, impeditiva da livre atividade profissional.

Mas, a verdade é que a proliferação de faculdades de Direito por todo o País, muitas das quais não passam de veículos de obtenção de diploma universitário, fez cair o nível do ensino, ensejando o aparecimento de profissionais não-qualificados, muitos dos quais totalmente incapazes de arcar com a defesa de seus constituintes. Com isso, a máquina judiciária não poderia funcionar racionalmente, ora ocorrendo a hipertrofia de um, ora de outro, dos membros que compõem o complexo judiciário: a magistratura e o Ministério Público. O único prejudicado, em conseqüência da omissão, era o público que comparece diante dos pretórios para pleitear justiça.

Foi com o intuito de sanar essa situação que se resolveu estabelecer o chamado "exame de Ordem", consistindo em provas a que deveriam submeter-se os bacharéis que desejassem exercer a advocacia. Embora as provas não envolvessem questões de maior dificuldade para os que concluem um curso de Direito, o índice de reprovações começou a evidenciar a crassa insciência com que os estudantes de nossas faculdades deixam os bancos acadêmicos, revelando não somente graves falhas no seu preparo profissional, mas lamentáveis lacunas em conhecimentos básicos, inclusive no vernáculo. Conforme foi amplamente divulgado pela OAB, muitos dos can-

didatos que se apresentaram não sabiam, sequer, expressar-se de forma inteligível.

Grande celeuma então se estabeleceu. E, de todas as maneiras, procurou-se impedir a continuidade da ação saneadora, fundamentada em claros textos legais. Houve políticos que acorreram, pressurosamente, em defesa do "sagrado e livre direito ao exercício profissional." Condenou-se como intolerável a atitude da OAB, reprovando-a por sobrepor-se ao ensino universitário e censurá-lo. Nessa canoa chegou a embarcar o próprio ministro da Educação, que logo em seguida, porém, reviu sua posição. E, como coroamento da campanha então encetada foi apresentado projeto de lei revogando, nesse ponto, o regulamento da Ordem. Contudo, e não obstante a manifestação do Conselho Federal de Educação, o aludido projeto de lei, após tramitar silenciosamente, foi aprovado e sancionado.

Não é possível aceitar semelhante posição do governo federal, posto que a Revolução foi deflagrada, precisamente, em defesa de princípios morais que vinham sendo relegados na República anterior. O "exame de Ordem" tinha significado altamente moralizador. Existia para impedir que interesses de grande relevância, em jogo nas causas judiciárias, fossem manejados por mãos inábeis e canhestras que pudessem ocasionar males muitas vezes irreparáveis.

Mas o pior já está feito. E muito mal ficaram, nesse passo, o ministro e o Conselho de Educação. Com efeito, contrariando posteriores manifestações do então ministro Jarbas Passarinho e o parecer daquele órgão, é que se converte em norma legal o obtuso e malsinado projeto.

Voltamos, pois, melancolicamente, ao sistema anterior, depois de havermos galgado importante degrau no sentido da moralização de nossos costumes. E a respon-

sabilidade desta marcha-à-ré cabe, sem dúvida, ao presidente Médici e a seus assessores mais diretos.

A VINCULAÇÃO DA OAB AO MINISTÉRIO DO TRABALHO

Data ainda deste ano um novo golpe desferido contra a OAB.

O decreto n.° 74.000, de 1.° de maio de 1974, determinou a vinculação do conselho federal e dos conselhos seccionais da OAB ao Ministério do Trabalho, para os fins dos artigos 19 e 26, do decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967 e 3.°, do decreto-lei 900, de 29 de dezembro de 1969. (*).

(*) Decreto lei n.° 200/67: "Art. 19 — Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro do Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República".

"Art. 26 — No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I — a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; II — a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; III — a eficiência administrativa; IV — a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Parágrafo único — A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos agentes da entidade, conforme sua natureza jurídica; b) designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; c) recebimento sistemático de relatório, boletins, balancetes e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo; d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através de representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração e controle; f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; i) intervenção, por motivo de interesse público". Decreto lei n.° 900/69: "Art. 3.° — Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto lei n.° 200, de 25 de fevereiro de 1967".

Ora, semelhante subordinação afeta a independência e as características estruturais da corporação, ignorando até suas próprias finalidades e, por isso, impedindo, em última análise, que se tomem posições, como tantas vezes tem acontecido, contrárias a atos do governo.

Aliás, o problema não é novo, pois o decreto 60.900, de 26 de junho de 1967, fundamentado no que dispõe o decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro do mesmo ano, tentou efetivar a aludida subordinação. E, na ocasião, o próprio consultor jurídico do Ministério do Trabalho e Previdência Social manifestou-se contrariamente à medida, ponderando que a "Ordem tem o balizamento de sua ação nas disposições do seu Estatuto, que impede quaisquer transbordamentos, devendo ser assinalado, também, que a sua conduta, até agora, tem sido serena, ponderada e patriótica, inspirada, sem dúvida, na gloriosa tradição do venerável Instituto dos Advogados Brasileiros, sempre alheio a paixões políticas, insubmisso a qualquer dependência hostil a propósitos pessoais".

A verdade é que a vinculação da Ordem dos Advogados ao Ministério do Trabalho contraria, frontalmente, o disposto no artigo 139, da lei 4.215, de 27 de abril de 1963, o qual estabelece que não se aplicam à Ordem dos Advogados disposições legais referentes a autarquias e entidades para-estatais.

A Ordem dos Advogados não se enquadra entre as entidades qualificadas como empresas públicas, autarquias ou sociedades de economia mista, mencionadas no art. 4.º, item II, do mencionado decreto-lei n.º 200, de 1967. Conforme já decidiu o Tribunal Federal de Recursos, a Ordem é uma entidade jurídica *sui generis*, que desempenha serviço público federal, não só porque a lei assim o declara mas, também, pela própria natureza da finalidade a que se destina, como órgão de seleção, defesa e disciplina da classe dos advogados em toda a República. O que lhe incumbe é o encargo de zelar pelo exercício

regular e correto da advocacia, a fim de que as instituições judiciárias também se desincumbam de seus deveres de maneira escorreita e eficiente. Está apenas subordinada à lei, não se colocando sob a dependência de qualquer outro órgão ou entidade.

Para bem cumprir suas finalidades, a Ordem dos Advogados não pode subordinar-se a qualquer dos poderes do Estado — nem ao Executivo, nem ao Judiciário, nem ao Legislativo. Deve ela dispor de mais ampla liberdade no exercício de suas funções, posto não ser possível esquecer que o advogado, ao defender o Direito, pode voltar-se contra o próprio governo, como freqüentemente acontece. E a citada lei 4.215 impõe à Ordem dos Advogados o dever de defender o advogado quando este tiver suas prerrogativas ofendidas, ainda que o autor da ofensa seja um órgão do Estado.

Ora, se a Ordem não tiver liberdade de ação, será impossível exigir-lhe o cumprimento desse dever legal.

O problema deve, pois, dada sua relevância, ser reexaminado pelo governo federal, para que se revogue o decreto impertinente, ao menos na forma da recente manifestação do ministro da Justiça, aliás amplamente noticiada pela imprensa.

A MISSÃO DO ADVOGADO

A Ordem dos Advogados do Brasil, trilhando com firmeza o sáfaro caminho que lhe impõem as exigências da liberdade humana e os reclamos da justiça social, imprime, sem dúvida, toda uma nova e galharda orientação à advocacia (Na defesa das prerrogativas do advogado, OAB, secção de São Paulo, coletânea organizada pelo conselheiro Paulo Sérgio Leite Fernandes).

Em tese apresentada à VI Conferência da OAB, Arnold Wald assim definiu a missão do advogado: "Não

se pode contar nem entender a história de um país sem destacar o papel desempenhado pelos advogados. Se não são eles que, necessariamente, criam todas as técnicas de controle social, cabe-lhes sempre fazer com que tais técnicas funcionem no interesse social. Assim, as idéias gerais lançadas pelos filósofos ou pelos políticos só se transformam em realidades concretas em virtude do trabalho do advogado em prol dos interesses individuais ou coletivos. Foi a técnica jurídica utilizada nas colônias inglesas da América do Norte que garantiu os direitos do homem com mais eficiência do que todas as declarações verbais da Revolução Francesa.

"Do mesmo modo que a grandeza de um país no cenário mundial pode ser apreciada pela sua contribuição artística ou científica, entendemos que ela decorre, inequivocamente, das técnicas criadas pelo seu direito para assegurar o bom funcionamento das instituições e para proteger as liberdades individuais. Assim, criações jurisprudenciais como a teoria do desvio de poder e a revisão dos contratos administrativos engrandeceram o Conselho de Estado na França e firmaram a sua posição no campo internacional.

"Do mesmo modo, a doutrina brasileira do *habeas corpus*, a proteção possessória dos direitos pessoais, a criação do mandado de segurança como instrumento de defesa de direitos individuais e o princípio da isonomia no Direito Administrativo honram, sobremaneira, o nosso país.

"A vida do Direito não é lógica. É essencialmente histórica. Os grandes conceitos básicos decorrem da construção realizada pelos estudiosos do Direito, advogados, professores e magistrados. Assim, a tese de igualdade de todos perante a lei, do *due process of law*, a conceituação da liberdade de ir e vir são conquistas decorrentes da construção dos advogados na luta diária da vida forense.

"O dever do advogado consiste, pois, em viver os problemas do seu tempo, com a responsabilidade social do sacerdócio que exerce, não se admitindo mais que se limite, nos seus trabalhos, ao estudo de questões meramente especulativas sem repercussão prática.

"Os nossos grandes juristas foram os grandes advogados das causas de seu tempo e, em torno de interesses individuais ou coletivos lesados, construíram as teses básicas do nosso Direito. Assim aconteceu com Nabuco de Araújo e Teixeira de Freitas, no Império, com Ruy Barboza e Clovis Bevilacqua no início da República e, mais recentemente, com Arnoldo Medeiros da Fonseca, San Thiago Dantas e outros.

"Os próprios magistrados não podem deixar de ser construtores do Direito. Foi o caso de Marshall, Holmes e Brandeis na Suprema Corte dos Estados Unidos e de Edmundo Lins, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo e Castro Nunes no Supremo Tribunal Federal do nosso país."

Na verdade, a tendência do Direito caracteriza-se pela ampliação das liberdades individuais e pelas restrições das liberdades econômicas. Deste modo, o exercício da advocacia assume o caráter de função social quando o profissional observa as normas da ética, tendo em vista o resguardo da ordem jurídica e a tutela da pessoa humana, defendendo intransigentemente os postulados da liberdade, tão bem sintetizados pela grande figura de advogado, que foi Ruy Barboza, ao proclamar: "Creio na liberdade onipotente, criadora das nações robustas; creio na lei, emanação dela, o seu órgão capital, a primeira das suas necessidades; creio que neste regime não há outros poderes soberanos, e o soberano é o Direito, interpretado pelos tribunais; creio que a própria soberania popular necessita de limites, e que estes limites vêm a ser as suas Constituições, por ela mesma criadas, nas suas horas de inspiração jurídica, em garantia contra os seus impulsos de paixão desordenada; creio que a República decai

porque se deixou estragar, confiando no regime da força; creio que a federação perecerá, se persistir em não acatar e elevar a justiça; porque da justiça nasce a confiança, da confiança e tranqüilidade, da tranqüilidade o trabalho, do trabalho a produção, da produção o crédito, do crédito a opulência, da opulência a respeitabilidade, a duração, o vigor; creio no governo do povo; creio, porém, que o governo do povo pelo povo tem a base da sua legitimidade na cultura da inteligência nacional pelo desenvolvimento nacional do ensino, para o qual as maiores liberalidades do Tesouro constituíram sempre o mais reprodutivo emprego da riqueza pública; creio na tribuna sem fúrias e na imprensa sem restrições, porque creio no poder da razão e da verdade; creio na moderação e na tolerância, no progresso e na tradição, no respeito e na disciplina, na impotência fatal dos incompetentes e no valor insuprível das capacidades.

"Rejeito as doutrinas de arbítrio; abomino as ditaduras de todo gênero, militares ou científicas, coroadas ou populares; detesto os estados de sítio, as suspensões de garantias, as razões de Estado, as leis de salvação pública; odeio as combinações hipócritas do absolutismo dissimulado sob as formas democráticas e republicanas; oponho-me aos governos de seita, aos governos de facção, aos governos de ignorância; e quando esta se traduz pela abolição geral das grandes instituições docentes, isto é, pela hostilidade radical à inteligência do país nos focos mais altos da sua cultura, a estúpida selvageria dessa fórmula administrativa impressiona-me como o bramir de um oceano de barbárie ameaçando as fronteiras de nossa nacionalidade".

Hélio Pereira Bicudo

ESCRITÓRIO DE
ADVOCACIA ARNOLDO WALD
BIBLIOTECA

O Direito e a Justiça no Brasil

(Uma Análise Crítica de Cem Anos)

SÍMBOLO EDIÇÕES SÍMBOLO (1978)

BULLYING E A BASE DOS DIREITOS HUMANOS ESPECIAIS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

BULLYING AND THE BASIS OF SPECIAL HUMAN RIGHTS FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS

Loredana Nocito Salamone[1]

RESUMO:
Este artigo está relacionado com a lei referente ao tema do bullying em relação a crianças e adolescentes, de acordo com os termos específicos da Legislação n. 13.185/2015, e as repercussões entre a sua aplicação, e estabelece a análise crítica da finalidade limitada de prevenir o bullying, as declarações da lei para entender esse propósito.

A concepção dos aspectos do direito foi seguida da discussão sobre a sugestão de mediação escolar, para aproximar a finalidade da previdência à visão de seu alcance, aumentar a relação das finalidades educacionais e a integração da família aos direitos humanos para alcançar a institucionalização do padrão de acordo com o interesse superior da criança.

Portanto, ajuda na reflexão deste assunto, a fim de compartilhar brevemente com as respectivas soluções.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Bullying. Crianças e Adolescentes. Mediação Escolar.

ABSTRACT:
This article is related to the law concerning the subject of bullying regarding kids and adolescents, according to the specific terms of the Legislation n. 13.185/2015, and the repercussions among its application, and establishes the critical analysis of the limited finality of prevent bullying, the statements of the law to understanding this purpose.

The conception of the aspects of law was followed by discussion upon the suggestion of school mediation, to approach the finality of prevention to the view of its scope, to increase the relation of educational finalities, and the family integration to the human rights to achieve the institutionalization of the pattern according the superior interest of the child.

Therefore, it helps on the reflection of this matter, in order to briefly share with the respective solutions.

KEY WORDS: Human Rights. Bullying. Children and Teenagers. School Mediation.

---

[1] Advogada.

1. A EDUCAÇÃO E O DEVER DO ESTADO E DA SOCIEDADE - ARTIGOS 205, 6º. E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1. INTRODUÇÃO

A norma do art. 205 da Carta Magna refere que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Implícita, a colaboração da sociedade, para assegurar o desenvolvimento da pessoa e prepará-la para exercer a cidadania, e qualificação ao trabalho.

A título de elucidação jurídica da matéria e temática, especificamente considerada, há relevância do objeto da presente, na medida em que houver intimidação no ambiente escolar, ordinariamente entre os pares, bem como advinda de atuação de terceiros, como no caso de um pai ou responsável que frequentar, periodicamente ou eventualmente a instituição. Neste ponto, envolverá a necessidade de ser preservado o interesse superior da criança pela instituição, e cuja responsabilidade será da escola, em caso de eventual episódio que não puder ser evitado, no ambiente escolar.

Assim, a legislação atual evidencia a necessidade de prevenção de qualquer prática indevida no contexto escolar, público e privado!

Conforme introito ao tema em referência, se constata a imperiosa necessidade de ser respeitada a criança no âmbito escolar, devendo ser repelido qualquer atitude ilícita que seja contrária ao bem-estar psíquico, físico e emocional. Tal indicativo é de extrema importância, a fim de que exposição deste jaez da criança ou jovem, seja ressarcida a altura do que deve ser imposta para desmotivar a ocorrência de outros episódios ou fatos de intimidação, que venha a ocorrer em ambiente escolar, razão pela qual deverá a escola exercer a necessária supervisão dos membros e alunos, inclusive da comunidade escolar, que espaçadamente possa vir a frequentar os espaços de ensino, públicos e privados.

Por conseguinte, cumpre anotar, que apesar da referência doutrinária e legal não ser inclusiva da comunidade escolar, fato é que, a intimidação de crianças não provêm tão somente de seus pares, estudantes e alunos, ou professores e colegas, sendo que tal intimidação pode ser proveniente, extensivamente, portanto, de pessoas que estão no ambiente institucional, como evento escolar, ou frequentando o ambiente escolar, como poderá vir a ocorrer, na hipótese de omissão ou falta de supervisão escolar adequada.

Assim, na hipótese de vir a desencadear um fato lesivo de intimidação no ambiente escolar em relação a uma criança ou pré-adolescente, ou jovem, a tutela

jurisdicional do estado deverá ser provida, determinando ao ressarcimento dos danos, a fim de que seja restabelecido o equilíbrio violado, na medida em que a prevenção não tendo sido subsistente pela instituição responsável, porquanto não teve o condão de evitar tal malefício indesejável, e que viola as regras de direitos humanos fundamentais, aplicáveis as crianças e jovens, adiante elencados.

2. DA NECESSIDADE DE PREVENÇÃO EFICAZ PARA DIMINUIÇÃO DA VIOLÊNCIA E APERFEIÇOAMENTO DA INTEGRAÇÃO ESCOLAR EM VISTA DA PRATICA DE INTIMIDAÇÃO E O BULLYING NO CONTEXTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE EDUCAÇÃO

2.1. DA CONCEPÇÃO LIMITADA DE BULLYING E DA PREVENÇÃO PARA INCENTIVAR A INTEGRAÇÃO SOCIAL

Ainda que a nomenclatura do bullying se associe a crianças e jovens, se verifica que a intimidação foi analisada inicialmente, sem a atenção necessária sobre a importância do tema, tendo se associado a repercussão desfavoravelmente, ao incremento de reflexões e de estudos contemporâneos, e de análises de casuística de episódios escolares.

Há tempos que se constata, que o termo indicativo bullying ou intimidação não era visto como algo de habitual ocorrência, e atualmente é de relevância tal, que deve ser revisitado porquanto poderá acarretar desastrosas consequências e efeitos nefastos aos vitimados envolvidos! Assim, dentre outros riscos, a pessoa vitimada, na sua identidade etária em fase de delimitação, poderá vir a ser o próprio agressor, num círculo vicioso de negatividade ímpar para o ambiente e para aperfeiçoar a integração escolar necessária para tal prevenção.

Desta forma, a concepção sobre a suposta falta de interesse da ocorrência do bullying se justificava, por ser resultante de cotidiano escolar, ou se situar no nível de mera implicância entre as crianças ou jovens envolvidos. Superada tal fase, se constata que muito pouco havia sido discutido, doutrinariamente, acerca de tal temática tão relevante pela natureza e comportamento desta faixa etária em evolução. A legislação optou pela prevenção que deverá ser eficaz, a ser exercida pela escola, a fim de dirimir os atos que impliquem em bullying.

Ocorre, que atualmente, se verifica que ultrapassados os pontos de mera rotina escolar, se constatando a importância dos efeitos do bullying, a partir das diversas causas de

rivalidade, até culminar em brincadeiras de mau gosto, e não mais estão limitados a mera implicância ou falta de empatia, de um ou outro colega, ou professor, ensejando a revisitação do tema, a fim de que sejam promovidas as comunicações da escola aos pais, e vice e versa, e não podendo ser limitada a mera opinião subjetiva.

Fato é, que no ambiente escolar se concebem agressividades, que estão sendo ora destacadas pelos estudiosos psicólogos clínicos e pesquisadores, progressivamente, como situações de violência nas escolas, acarretando em ambiente antagônico, e portanto, estando os pares em estado de vulnerabilidade pelo conflito. A ocorrência de bullying – implica na violência entre os próprios alunos, no contexto escolar, enfatizando que não houve interesse das instituições em desenvolvimento de pesquisas da espécie para avaliar a possibilidade de intensificar a integração escolar.

Ainda que a motivação de estudos seja mais recente, no enfoque do bullying, as conseqüências e efeitos são de tal forma prejudiciais, que implicam em riscos na criança ou jovens, a ponto de vir a comprometer seu desenvolvimento emocional e social, atingindo as instituições escolares diretamente.

A prevenção recomendada pela legislação que não vier a ser direcionada no enfoque necessário poderá desencadear assim, em intensificação de atos e comportamentos agressivos, acarretando falta de prevenção eficaz e adequada que possa vir a cooperar com a interação social que deverá ser adotada em determinada escola!

A ação da violência em si mesma, não se compatibiliza no ambiente escolar, sobretudo advinda de pessoas relacionadas indiretamente ao local, como pais pertencentes a comunidade escolar, razão pela qual diversos funcionários, agentes de ensino, colaboradores, orientadores e professores, e que poderão concorrer para a prevenção.

2.2. DIREITO E A CIÊNCIA JURÍDICA COMO ELO INDISSOCIÁVEL

Apesar do contexto legal predominantemente preventivo, e da programação sistemática, delineada pela legislação relativa a hipóteses de bullying cumpre anotar, que, incorrendo em atos de exposição ou intimidação da criança, nas diversas nomenclaturas e diversas modalidades legais, previstas no art. 2, da Lei nº 13.185/2015, e adiante especificadas, haverá a obrigação de indenização, e ressarcimento da vítima pelo ofensor, ou seu representante legal, sendo que o critério de tutela preserva a dignidade da pessoa humana, bem como sob a égide da norma do art. 3º da Convenção sobre os direitos da criança de 1989, que recomenda a *"consideração primordial dos interesses superiores da criança".*

No contexto legal, seguem as previsões da norma pela qual se constata a intimidação sistemática:

> *Art. 2º. Caracteriza-se a intimidação sistemática (bullying) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:*
> *I - ataques físicos;*
> *II - insultos pessoais;*
> *III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;*
> *IV - ameaças por quaisquer meios;*
> *V - grafites depreciativos;*
> *VI - expressões preconceituosas;*
> *VII - isolamento social consciente e premeditado;*
> *VIII - pilhérias.*

3. BULLYING E A BASE DE DIREITOS HUMANOS ESPECIAIS PARA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

3.1. DA LEI Nº 13.185 DE 06 DE NOVEMBRO DE 2015 E DA PRECONIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA PERANTE A COMUNIDADE SOCIAL

A visão dos direitos humanos preconiza acerca da fundamental importância da família, enquanto unidade na sociedade, em cujo meio se propicia ao crescimento e bem estar, em especial, das crianças, que devem receber a proteção e assistência necessárias para estar assumindo as responsabilidades perante a comunidade. tal comunidade deve refletir a base da unidade familiar, geralmente.

Os tópicos foram descritos pelo professor Oscar Vilhena Vieira, (coordenação Prof. Oscar Vilhena Vieira), e a partir do ambiente da família para a criança. Se reconhece como necessária à criança, e ao seu desenvolvimento, o ambiente familiar, com amor e felicidade, devendo ser incentivados aos ideais na carta das nações humanas, espírito de paz,

dignidade, liberdade, tolerância, igualdade e solidariedade, conforme os itens adiante especificados:

> *"Convencidos de que a família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deveria receber a proteção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade."*

E, ainda:

> *"Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;"*
>
> *"Considerando que cabe preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade, e ser educada no espírito dos ideais proclamados na carta das nações unidas e, em particular, em um espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;"*

Assim, a necessidade de proporcionar proteção especial à criança é reconhecida na declaração sobre os direitos da criança adotada pela assembleia geral em 20.11.1959, bem como na declaração universal de direitos humanos. confira-se:

> *"Tendo em mente que a necessidade de proporcionar proteção especial à criança foi afirmada na declaração de genebra sobre os direitos da criança de 1924 e na declaração sobre os direitos da criança adotada pela assembléia geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na declaração universal dos direitos humanos, no pacto internacional de direitos civis e políticos (particularmente nos arts. 23 e 24), no pacto*

internacional de direitos econômicos, sociais e culturais (particularmente no art. 10) e nos estatutos e instrumentos relevantes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança;"

A vulnerabilidade da criança, que se constata pela falta de maturidade física e mental, acentua a necessidade de proteção e cuidados especiais, veiculando instrumentos de proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento:

"Tendo em mente que, como indicado na declaração sobre os direitos da criança, "a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento."

A relevância da proteção da criança demanda cuidados especiais, porquanto nem sempre os incidentes de intimidação poderão ocorrer entre os pares, sejam alunos entre si, ou entre aluno e professor, inclusive em outros ambientes de convívio de ensino ou lazer, mas poderão ser desencadeados pela forma de ser exteriorizado o comportamento desta comunidade.

Assim, a relação de desequilíbrio de poder implicitamente previsto em lei, não se limita entre crianças, ao reverso, poderão vir a ocorrer entre um membro da comunidade escolar, como os pais, ou um dos pais, ou responsáveis legais, em relação a uma criança, além de poder ocorrer, entre professores e alunos, como ordinariamente se evidencia nas multifacetárias ocorrências dos ambientes escolares nas instituições de ensino ou clubes.

O termo comunidade se circunscreve no âmbito da instituição de ensino ou educacional, e o mesmo se constitui em identificação de pessoas que mesmo não fazendo parte da escola, diretamente, poderá vir a ser agente de diversos atos ilícitos e intimidatórios contra crianças ou jovens, porque o ambiente escolar, ou espaços públicos e privados, agremiações, clubes, e associações, poderão e podem ser frequentados, com maior ou menor frequência por tais pessoas, sejam pais, funcionários terceirizados, visitantes, fornecedores, e que frequentem a rede de ensino público e privado, dentre redes particulares de ensino,

podendo vir a ser responsabilizados, os próprios agentes, que cometem tais intimidações, além dos representantes legais e prepostos da base escolar, onde os fatos vierem a ocorrer.

Exemplificativamente, a mãe de uma aluna, portanto, poderá vir a ser agente de intimidação e de bullying, ainda que não faça parte da instituição de ensino, por frequentar o mesmo ambiente de sua filha, sendo que tal possibilidade pode ser inclusive regularmente, por exemplo, em eventos escolares, em palestras, em reuniões de pais, dentre outras atividades dos membros docentes e discentes.

A conferência da norma literal do § 1º, do art. 1, da Lei nº 13.185/2015, conceituando a prática da intimidação sistemática, inclui grupos ou indivíduo, sendo que a comunidade escolar, ainda que não prevista, poderá vir a ser agente de tal relação de desequilíbrio de poder, como acima enunciado. No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. (Lei nº 13.185 de 06 de novembro de 2015) e (Direitos Humanos – Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos – Coordenação Prof. Oscar Vilhena Vieira).

3.2. DA VITAL IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A função da educação no direito, é de extrema relevância, sendo que *a educação é um direito humano fundamental*. Neste enfoque, o primeiro referencial que oficializou isso foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela *Convenção Nacional Francesa* em 1793, cujo artigo XXII assegurava que:

> *"A instrução é a necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos". (in Educação e Direitos Humanos, Ricardo Castilho).*

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela onu em 1948, que reafirma, no seu art. XXVI:

"toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. a instrução técnico- profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito."

"A educação em direitos humanos deve incluir a paz, a democracia, o desenvolvimento e a justiça social, tal como previsto nos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, para que seja possível conscientizar todas as pessoas em relação à necessidade de fortalecer a aplicação universal dos direitos humanos."

3.3. DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO JOVEM

O princípio de proteção da criança e jovem, não pode ser olvidado, ou relegado a segundo plano, porquanto já estatuído pelas normas e previsões do art. 3º da convenção sobre os direitos da criança, dentre outras, como a Declaração de Genebra sobre os direitos da criança de 1924, e na Declaração sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral de 20 de novembro de 1959, e reconhecida na declaração universal dos direitos humanos, no pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, art. 10, e nos estatutos e instrumentos relevantes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem estar da criança, e em destaque, e há diversas casuísticas, em que a visão jurídica deve prevalecer como protecionista das crianças até 12 anos, especialmente! Assim, tal fator etário, é inclusive de relevância ímpar! anote-se como referencial doutrinário "consagrando o direito e dignificando a justiça, in "microssistema dos direitos da criança e do adolescente." Confira-se a síntese da proposta:

"Nota o Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva que a Lei nº 8.069/1990 criou mais que uma "nova justiça da infância e da juventude. Ela estabeleceu o estado democrático de direito numa esfera onde esteve ausente desde a nossa formação histórica", abolindo o

arbítrio e o subjetivismo e, ainda, segundo o magistrado, "consagrando o direito e dignificando a justiça, o que a racionalidade dos códigos de menores não foi capaz de empreender, só sendo possível após a revalorização do direito constitucional, do direito civil e a edição de uma lei especial, um estatuto de grupo, formando um microssistema."

4. DO ENFOQUE E DOS VALORES DE DIREITOS HUMANOS, PARA A PRESERVAÇÃO DA FORMAÇÃO DA BASE EDUCACIONAL PARA A FELICIDADE, COMPREENSÃO, DIGNIDADE, SOLIDARIEDADE E DOS INTERESSES SUPERIORES DA CRIANÇA E DO JOVEM

4.1. DA EDUCAÇÃO REVISITADA E SUA IMPORTÂNCIA NO CONVÍVIO SALUTAR DA INSTITUIÇÃO ESCOLAR EM CRIANÇAS E PRÉ ADOLESCENTES EM VISTA DA NOSSA REALIDADE FAMILIAR

Ao se revisitar a proposta educacional, se constata, que os relacionamentos entabulados nesta fase estudantil, são decisivos para a construção do caráter e pelo convívio salutar nas escolas e, com a supervisão dos pais e família, concomitantemente, com a instituição, é que são consolidados os valores para inspirar a criança e adolescente para exercer em breve sua missão, como cidadão preparado e consciente, a fim de lidar com os desafios diários, como um futuro adulto responsável e feliz de hoje e de amanhã, e ainda com a inteligência emocional preservada, a despeito dos reveses ou desafios da vida! na noção do adulto parceiro no processo educacional, os matizes distorcidos no segmento educacional são destrutivos ao aluno, no processo de aprendizado!

4.2. DA NORMA CIVILISTA AFETA AOS PAIS E RESPONSÁVEIS E DOS CRITÉRIOS HUMANOS A SEREM PRESERVADOS NO INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Da dignidade da criança e adolescente e da influência intimidatória no processo educacional e efeitos

Para tal mister a tarefa e missão de pais é especial. E assim como a dos professores e educadores é muito essencial! Há necessidade de vivenciar a literalidade do art.

1634[2] do Código Civil, no âmbito familiar e social, inclusive perante a instituição escolar, e comunidade escolar, e sem extravasar da órbita legal. Sua tarefa, - precípua, é ajudá-los no alcance dos valores importantes no meio familiar, bem como no escolar, para sua formação saudável, e para buscar a via da *felicidade, compreensão, dignidade, solidariedade*, e sob o critério do comando legal da preservação dos interesses superiores da criança e adolescente.

A partir do interesse superior a ser preservado, deverão ser prevenidas ações ou omissões que lhes possam vir a contaminar os estudantes, no alcance dos valores acima referenciados, por exemplo, quanto a caótica intolerância e/ou inflexibilidade, e que paira em uma sociedade doentia, que, a pretexto de se padronizar para facilitar os meios de controle e gestão já arraigados, visa, com tal distorção vir a ceifar a integração dos membros no espaço público ou privado, e até mesmo desmotivar a originalidade do indivíduo.

A par com isso, muitos que se sentirem incomodados, pela intimidação no processo educacional, poderão vir a sentir prejudicada a própria iniciativa, ou a intenção subjacente de cooperação, no ambiente escolar, e portanto, podendo vir a descaracterizar o natural processo de aprendizado, e até prejudicar a originalidade individualizada, e assim, mitigando a espontaneidade inerente, e que refletem tão bem a expressão de vida e o bem estar dos infanto juvenis, que são desprovidos muitas vezes, de alguns interesses individualistas e inerente a adultos, e na busca da sua identidade, portanto, poderão vir a se comportar entre si em relação aos seus pares, distintamente, e por algum tempo, até normalização do meio.

Assim, ao persistir tal pano de fundo negativo da percepção pelo infante do ambiente de ensino ou do espaço público e privado em que estiver inserido, propenso a desmotivar a integração do grupo, às vezes, alguns deles poderão se sentir oprimidos, intimidados, e podendo vir a responder, com diferentes expectativas, e até dispersão, e por não serem compreendidos ou aceitos, ou não conseguirem se adaptar, inclusive no sistema escolar adotado, quanto a posição de limitação pedagógica do sistema educacional, na esfera pública ou privativa no âmbito nacional, serão possivelmente marginalizados no grupo escolar, devido a falta de observação das orientações para a rotina escolar ser implementada, com resultado, sob o enfoque da direção da instituição.

Ao ensejo, devemos refletir, a partir do material de vida humana implicado no processo educacional, até informalmente, e que é confiado nas escolas e ambientes educacionais, se pressupõe e recomenda-se, que para ser validado com dignidade inerente a

[2] Art. 1634: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação;

tal faixa etária, devem concorrer diversos fatores intrínsecos, quanto à facilitação na acepção do indivíduo, enquanto aluno, em fase de desenvolvimento de aptidões, e que deve ser respeitado em sua dignidade, e, de outro lado, está ainda em fase de apropriação de valores de uma realidade, que integra sua vida cotidiana, por mais deprimente ou pouco motivadora que seja. Com efeito, na medida em que muitos dos responsáveis legais, por diversas razões, por exemplo, não podem diretamente exercer o pátrio poder, ou mesmo nem tem a guarda direta da criança, e, portanto, delegam tal formação, inadvertidamente, ou sem a supervisão necessária, o convívio será reduzido! Em sendo desqualificada a via de integração entre os pais e filhos, a relação de afeto preexistente, até instintivamente, poderá vir a ser prejudicada, sem que haja o devido suporte e intensificação do vínculo necessário dos pais, em relação a seus filhos, a fim de que seja novamente retomado o aperfeiçoado o liame de integração afetiva.

5. DA CAUSA AUTÔNOMA DE AGRESSÃO E INTIMIDAÇÃO ADVINDA DA COMUNIDADE ESCOLAR

Nesta altura, inconcebível que no âmbito escolar, fatos de intimidação de um indivíduo em relação a um estudante, já que o primeiro, sendo pertencente a comunidade escolar, agride ou intimida uma criança, sem estar sendo supervisionada pelo agente educacional ou preposto, ou funcionários, ou demais responsáveis, que deveriam faze-lo, e podendo vir a culminar tais episódios, em causas junto ao Poder Judiciário, e cuja interpretação pode ser à míngua de elementos de prova, cujo convencimento do Julgador, no sistema legal de provas, nem sempre alcança a justiça do caso em si, podendo implicar em injustiça da decisão.

Assim, no âmbito da questão subjacente, ou de eventual casuística ou precedente, a escola que quiser organizar um evento, por exemplo, em contra partida, deverá providenciar meios de supervisão, de alunos e comunidade escolar, pais, responsáveis, e terceiros, a fim de prevenir seja deflagrada qualquer ameaça ou risco de incidente e intimidação, como meio de prevenção de uma ocorrência de tal espécie de gravidade!

6. A MISSÃO E A VISÃO EDUCACIONAL DO TALENTO COM AFETO NA DINÂMICA DE RELACIONAMENTOS INTEGRATIVOS

E, de outro lado, se reconhecendo a árdua tarefa do professor, e que em parceria com os pais, e demais integrantes e operadores do processo educacional, devem

redimensionar a própria visão crítica ou acadêmica, para que se dediquem e transformem com otimismo, sob a ótica de crianças, adolescentes, e que são aprendizes, inclusive, desde a periferia de São Paulo, nas regiões metropolitanas, e até as mais longínquas, ou nas instituições privadas, já que, sem a tonalidade do talento inato são fictícios os mais rebuscados nomes e nomenclaturas da doutrina educacional, sem que o ingrediente do AFETO SEJA INSTITUCIONALMENTE INERENTE AO SER HUMANO QUE PRODUZIRÁ A TRANSFORMAÇÃO NECESSÁRIA, para a integração dos relacionamentos.

A educação para poder cumprir sua proposta e incentivar os estudiosos acadêmicos, professores, e dignificar os estudantes, deverá alcançar a combinação de fatores dos mais expressivos, entre duas ou mais pessoas, na dinâmica do relacionamento, e que, entrelaçadas por um aprendizado ou estudo, entre si, por um determinado período de tempo, se estreitam, para depois se distendendo, alcançar o resultado positivo deste vínculo, sendo que, o melhor de cada um é o que há de prevalecer, para o sentido, valores e finalidades da educação ser cumprida, sem riscos de crescente intimidação, perseguições ou dissensões no grupo, e inclusive entre alunos e professores, que possam vir a incrementar os conflitos negativos do ser humano. Assim, devendo ser inspiradas tais finalidades do processo educacional, nos indicativos e critérios estabelecidos pelos valores relacionados a preservação dos direitos humanos, cuja natureza é diferenciada, como acima se enunciou: compreensão, felicidade, dignidade, solidariedade, dentre outros, especialmente, na preservação dos interesses superiores da criança e jovem.

E outros, ainda mesmo com suas limitações, se dispõem a lidar com desafios de superação de seus talentos aos quais são vocacionados e preparados para propiciar uma dinâmica em relacionamentos, forjando seres humanos melhores diariamente, para prosseguir na sua especial e dignificante missão de vida, no âmbito de ensino!

Em vista da realidade atual, se reconhece tal talento, em todos os que mesmo não sendo professores, ministram pela experiência, com amor e intenção de ajudar a apreender aos ensinamentos do teor do aprendizado, estes são os vocacionados que cuidam de vidas, são preciosos Mestres! Tal visão intensificada até na missão informal de ensino, como pode ocorrer em sede de treinamento ou de trabalhos voluntários na África do Sul, através das ONGS é a provocada pelo impulso ao aperfeiçoamento humano, porque não pode piorar, razão pela qual deve passar por alterações imediatas, e por motivações especiais de afeto!

E ainda, aos professores do ensino fundamental e médio, que sendo também educadores são também aprendizes de diversas das qualidades genuínas em crianças e adolescentes em formação e fazem uma releitura de si mesmos! E tais são essenciais para a mudança! Neste enfoque, os relacionamentos integrativos em sala de aula são válidos.

A realidade social infelizmente nos reporta a prática de atos infracionais, que estão distantes da tentativa já superada muitas vezes, de integração escolar, e cujas repercussões farão com que a criança e adolescente possam vir a ser responsabilizados, devendo o papel do defensor assegurar tal proteção necessária para assegurar o contraditório e ampla defesa.

Nos comentários acerca do controle da prática de ato infracional, se verifica que deve haver controle da prestação jurisdicional, in "MICROSSISTEMA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE"[3], Luis Fernando de França Romão, Lamen Juris, pág. 86:

> *"A garantia da participação do advogado na Justiça da Infância e da Juventude representa um fator de controle da prestação jurisdicional, como salienta Antonio Fernando do Amaral e Silva, pois o defensor dos interesses da criança e do adolescente poderá verificar com detalhes as informações dos órgãos policiais, quando se tratar de processo envolvendo a prática de ato infracional, confrontando informações processuais das testemunhas, da equipe técnica, além de recorrer às instâncias superiores para reverter a decisão judicial desfavorável ao interesse da criança e do adolescente."*

A criança, em virtude da sua falta de maturidade física e mental necessita de proteção, como se transcreveu acima, "NECESSITA DE PROTEÇÃO E CUIDADOS ESPECIAIS, INCLUINDO A PROTEÇÃO JURÍDICA APROPRIADA, ANTES E DEPOIS DO NASCIMENTO." A omissão da comunidade, família e escola poderá vir a ser apontada como problema de desenvolvimento, ou disciplinar, e podendo vir a ser patologizados os

[3] MICROSSISTEMA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE"[3], Luis Fernando de França Romão, Lamen Juris, pág. 86.

comportamentos ou tendências, que poderão ser provisoriamente apresentadas, como malignidades inexistentes. Todas as repercussões de comportamentos desajustados, e sem solução poderão vir a ser estigmatizadas, como indicativos ou diagnósticos prematuros para tratamentos desnecessários, acarretando mal maior e prejudicial ao ciclo evolutivo da relação criança – família - escola! O processo intimidatório se houver deve ser exceção!

> *"As agressões verbais, por meio de insultos, desvalorizações constantes, humilhações em público e rótulos são extremamente danosas as crianças, e aos adolescentes, em geral, pelo resto da vida desses indivíduos."*[4]

O quadro da criança que está convivendo com a omissão ou prestação de serviços educacionais deficitária, não poderá albergar a superação do problema de bullying sofrido, e portanto, a reconciliação deste quadro anterior é imperiosa! Sem o ambiente ser opressor a criança se desmotiva na prática de agressão.

A sociedade não permeando os diversos segmentos da necessária proteção da criança e jovem estará desfalcando das gerações futuras o meio de serem preservados os direitos inerentes aos mesmos, podendo vir a se proliferar mais e mais a violência escolar, como algo patente de constatação, mas sem solução eficaz a longo prazo, se persitir a falta de aperfeiçoamento do estudo e das reflexões sobre o tema, e principalmente da aplicação e interpretação pelo jurista e operador do direito, para assegurar-se a plenitude do direito!

No âmbito do direito, o conhecimento das causas multiformes poderá trazer elucidações imprescindíveis para a reflexão do tema e aplicação da norma pelo jurista, com interatividade das diversas facetas da ciência humana, e não podendo ser amparada tão somente na legislação aplicável.

A prevenção de pais e escola deve ser integrada e propiciar a revisão para mudanças comportamentais, sendo que o *"aperfeiçoamento educacional deverá ser tratado pelos familiares e em parceria com a escola, a ser instituído como meta de prevenção e redução do bullying ou de atos intimidatórios no ambiente escolar."* [5]

Portanto, na hipótese de que a missão do professor e da escola vierem a falhar, e se houver omissão, a deficiência na omissão poderá ser inexorável na vida da criança, ou

---

[4] Guia Bullying Infantil

[5] "Amor de Mãe na Era do Combate a Intimidação."

adolescente, motivo pelo qual os critérios de supervisão escolar, e diretamente pelos pais no contexto educacional de formação é decisivamente fator a ser incentivado e motivado, na sociedade!

7. DA INTIMIDAÇÃO E DOS EFEITOS IRREVERSÍVEIS E DA TENDÊNCIA DE PATOLOGIZAÇÃO NAS INSTITUIÇÕES PARA PREVENIR RESPONSABILIDADES DA ESCOLA E ENTIDADE EDUCACIONAL

Há que se acreditar na adaptação genuína da educação como essencial no aperfeiçoamento e conscientização sócio cultural, psicossocial, emocional e política do ser humano! Portanto, todo impedimento e limitação destrutivo que impede de fluir este aprendizado por motivos de exposição, opressão, violência, intimidação da criança, e que enseja bullying nas escolas, ou que seja incentivado pelo meio, professores ou alunos entre si, ou no caso concreto, advindo de um terceiro que estava em evento escolar, como acima já relatado, e que impeça o potencializar dos relacionamentos em sala de aula, e decorrentes do ambiente escolar devem ser prevenidos, pulverizados e extirpados os motivos e causas, porém os malefícios que distorcem e dificultam a infância e juventude em evolução, terão efeitos predominantemente irreversíveis!

A irreversibilidade dos efeitos da intimidação poderá ser desastrosa na jornada de uma criança ou jovem, e a vida não pode ser adiada na etapa juvenil! Há mecanismos preventivos importantes, e que não devem ser descartados, a supervisão escolar eficaz, treinamento de funcionários e dos professores, nesta fase de prevenção, e se não houver superação da intimidação, o nível da judicialização de tais contingências que não se resolverem na órbita da escola-família, deverão ter a reprimenda adequada, mediante a comprovação efetiva da utilização de meios preventivos eficazes ou, na hipótese de reiteração de comportamentos intimidatórios, de ferramenta jurídica para erradicar tais ocorrências e seus autores. A esta altura, atingida a criança ou jovem, não se poderá prestigiar mais a mera análise superficial dos fatos, e até mesmo para evitar a divulgação no ambiente escolar, posto que, sem o necessário e indispensável tratamento e conjugação de prevenção e consequente medida de solução, a fim de corrigir atos de intimidação, e que poderão vir a se repetir, até porque não sofreram a análise e reprimenda necessária, e até mesmo na omissão ou deficitária prestação jurisdicional, em que não houve a condenação judicial devida!

De outro lado, há tendência de patologização nas instituições, e que denotam muitas vezes, em falta de preparo até técnico psicopedagógico, e pela falta até de meios de

implementar o treinamento dos membros do corpo docente para as soluções dos conflitos que nascem no esteio de uma mal versada rotulação inaceitável e indevida, ou de alcunhas que *poderão fazer com que as crianças que tenham passado por verdadeiras vítimas invisíveis pela escola, ou até algozes agressoras, venham ser analisadas como definitivamente patológicas, ou, infelizmente, potencialmente pertencentes ao mundo dos não incluídos ou excluídos, ou dos socialmente desajustados, violando-se sem restauração possível, a dignidade da pessoa humana, de forma deplorável!*

Portanto, em que medida a falta e omissão e solução inadequadas poderão vir a dilacerar o espaço cognitivo produtivo para a mesma criança e individuo em formação? Há que se aplicar a norma excelsa da dignidade da pessoa humana na prática, a ser efetivada, no seio da sociedade, com práticas salutares no âmbito escolar, através de assembleias, relatórios bilaterais de versões fidedignas, ou seja, se possível implementar, sob coordenação ética e profissionalizantes, uma forma de que a mediação escolar seja globalizada, mas não apenas mediante os padrões psicopedagógicos de profissional habilitada, interna ou preferencialmente, externamente, mas com profissionais neutros a instituição, e que sejam preparados pelo Estado e iniciativas privadas, e neutros ou isentos, no ambiente escolar, e com identidade e afinidade com tal temática, principalmente preparo técnico de mediação escolar, para que a motivação seja exemplar e integrativa junto aos grupos de estudantes, e propicie a extensão da análise na causa versada, a fim de permitir que o espectro do assunto seja tratado com peculiaridade, respeito e importância necessária, e que requer o mesmo, no timing necessário em prol da averiguação satisfatória, mediante apoio e orientação ao aluno, para que tal não seja um outro caso de quase pouca ou nenhuma importância, ou seja, toda ocorrência de intimidação escolar, deve demandar ações necessárias para retomar os relacionamentos desgastados, destrutivos, que acima de tudo sejam renovadas as pautas, para a providencia ser adotada, reconciliando-se, e com escopo de correção junto aos pais, inclusive e comunidade, e de outro lado, desvendando as ações internas da escola que poderão ser implementadas, em complementação as já adotadas.

Adotados critérios com preferência e índoles voltadas ao aluno, os propósitos legais estarão salvaguardados, já que assim a tutela da criança pode ser priorizada acima de qualquer outra motivação, meramente institucional.

Em primorosa referência doutrinária especifica, quanto a patologização, cumpre ressaltar, Maria Aparecida Affonso Moysés; Mercado Letras, Fapesp; pág. 47: *"O processo de patologização é duplamente perverso: rotula de doentes crianças normais e, por*

outro lado, ocupa com tal intensidade os espaços, de discursos, propostas, atendimentos e até de preocupações, que desaloja desses espaços."

Há entidades posicionadas e muitas de atuação especificada, na área de mediação escolar que poderão acrescer fontes de solução, especialmente voltadas para a providência necessária, cuja construção poderá ser divulgada e compartilhada para a experiência escolar ser motivada pelo avanço e evolução, com propósitos dos entes envolvidos e precipuamente dos indivíduos, sejam crianças e jovens, na linguagem e revestida do tratamento voltado a liberdade de expressão e fluência da comunicação dos adolescentes, sem abusividade.

A orientação da escola prevalece, como indicativo, e acompanhando o estudo de trabalho dos mediadores, e dando sequência a missão diária inesgotável de sua atuação intensiva e diversa na escola, e na missão de providenciar ao atendimento, juntamente com os demais entes e profissionais de atuação deste segmento escolar, enquanto que a mediação escolar deverá seguir sua missão indissociável da preservação dos direitos humanos, para evitar abusividade dos agentes escolares, e independente da visão pragmática da escola em priorizar o interesse de solucionar o conflito em si para a criança, jovem e junto aos grupos infanto juvenis, e junto à comunidade escolar, com a isenção e timing necessário.

Há muita necessidade de conciliar o talento com a vocação, sejam de educadores, professores, comunidade escolar como um todo, inclusive pais e tutores de menores, ou responsáveis legais, no intento de se observar a reflexão e inspiração ao tema, que deve receber do aplicador da lei e do educador tratamento diferenciado, já que há índole protecionista inafastável e devido a matéria de expressividade jurídica e entremeada pelo viés educacional e jurídico, poder-se-ão reunir as características necessárias ao atendimento do perfil necessário, ajustando-se à demanda dos jovens e crianças, e não o contrário!

A atuação do jurista e educador, portanto estará indissociadamente, vinculada ao conhecimento que lhe reportará a averiguação do interesse da criança e jovem, na casuística em análise, de forma a alcançar o redimensionamento dos estudos que mais propiciarão esclarecimentos necessários. Conforme referencial didático, acerca da proximidade entre o conhecimento e saber quanto mais acesa estiver a luz do conhecimento: ou seja, *"amamos tanto mais quanto mais conhecemos".* [6] (CITAÇÃO DE COMÊNIO. (João

[6] CITAÇÃO DE COMÊNIO. (João Amós Comênio) DIDÁTICA MAGNA. TRAD E NOTAS JOAQUIM FERREIRA GOMES. FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBEKIAN, 2001, P. 127. : "Em primeiro lugar, todos aqueles que nasceram homens, nasceram para o mesmo fim principal, para serem homens, ou seja, criatura racional, senhora das outras criaturas, imagem verdadeira do seu Criador. Todos, por isso, devem ser encaminhados de modo que, embebidos seriamente do saber, da virtude e da religião, passem utilmente a vida presente e se preparem dignamente para a futura. *Que, perante*

Amós Comênio) DIDÁTICA MAGNA. TRAD E NOTAS JOAQUIM FERREIRA GOMES. FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBEKIAN, 2001, P. 127.)

8. DA MULTIFORME COGNIÇÃO EDUCACIONAL E JURÍDICA, E DA REPERCUSSÃO MÉDICO CIENTÍFICA NA ÁREA PREVENTIVA OU JUDICIALMENTE INTERRELACIONADA

A nossa sociedade anseia por tal ajuste, de forma inadiável, e sendo o palco da Justiça uma convivência experimental cíclica, ora adotando um critério, ou outro, na linha de precedentes, se constata que para tanto, o julgador deverá se aprimorar, já que há demanda de aperfeiçoamento de multiformes áreas do conhecimento, pedagógico, psicológico, e posição de diversos profissionais, e que para acompanhamento das repercussões da intimidação devem estar habilitados, e que tenham interesse em desenvolver aptidões, bem como vocação e dedicação, a fim de alcançar o perfil necessário e demandado de aferição entre as diversas áreas interrelacionadas, e que intensificarão o estudo específico dos temas envolvidos e respectivas repercussões, na busca da solução equilibrada. Com tal critério, assegurando-se que a aplicação do enfoque jurídico, seja casuística, a partir das peculiaridades de caso a caso, no interesse superior ao jurisdicionado em espécie, na fase judicial, se houver. Na motivação da decisão, o juiz deverá, não apenas revisar se a escola cumpriu adequadamente tal desiderato legal preventivo previsto na Lei, e na prática efetiva no âmbito escolar, ou mesmo nos casos em que não houve solução preventiva, a causa judicial deverá ser resultante dos conhecimentos das áreas diversas da ciência, resultando da análise e interpretação integrativa, do laudo médico, psicológico, psicopedagógico entre outros a serem objeto de valoração da causa judicialmente armada.

A partir da multiforme experiência científica na área educacional, e no convívio prático escolar, e com as luzes da doutrina jurídica, os precedentes advirão, para extensão do tema, vir a realçar os subsídios a serem implementados, e a consecução e alcance da finalidade deste aperfeiçoamento educacional para construção de uma escola para a felicidade e cultura de paz, e para que a educação seja aperfeiçoada, assegurando-se os direitos fundamentais, no interesse da criança e do jovem, este sim, o legal parâmetro e legado

---

Deus, não há pessoas privilegiadas. Ele próprio o afirma constantemente. Portanto, se nós admitimos à cultura do espírito apenas alguns, excluindo os outros, fazemos injúria, não só aos que participam conosco da mesma natureza, mas também ao próprio Deus, que quer ser conhecido, amado e louvado por todos aqueles em quem imprimiu a sua imagem. E isso será feito com tanto mais fervor, quanto mais acesa estiver a luz do conhecimento: ou seja, amamos tanto mais quanto mais conhecemos. (...)

da proposta educacional, e a ser perfilhado pela sociedade e comunidade escolar, inclusive, e principalmente a ser perfilhado pelo aplicador e intérprete do direito.

Na esteira de tal entendimento, sendo extirpados os mecanismos que incrementam estímulos inconciliáveis com o ambiente de ensino, ou que possam propiciar motivação até de violência escolar, devemos judicialmente adotar critérios, a fim de evitar a reiteração e ocorrências de condutas de perversidades, que mesmo que sejam resultado de convívio escolar desarmônico entre estudantes ou alunos, sejam crianças e jovens, e da comunidade escolar em geral, não gravitem em torno da mera prevenção, mas que sejam prontamente censuradas, pelos meios adequados, na medida em que, pela falta imediata de correção, no interregno desta análise casuística, a criança ou jovem já foi completamente exposta!

Portanto, no caso em comento, do próprio evento escolar, em que foi agredida uma criança pela mãe de outra aluna, a falta de imediata intervenção pela falta de supervisão obrigatória da escola, permite que tais condutas ilícitas venham a ser banalizadas, e até, incentivadas outras modalidades e focos de conflito, a partir do que se insurgirá a decadência dos relacionamentos educacionais, que certamente, será acompanhada de progressivo declínio no aproveitamento escolar, e em contra partida, comprometendo a qualidade de ensino, vindo a ser um cenário mais e mais degradante, na esfera educacional que, com a mera prevenção em si mesma, não mais atenderá a reorganização sistêmica do processo educacional, pelo redimensionamento dos pilares educacionais, ou problemas não combatidos, eficazmente, nas fases anteriores! Ora, se a proposta legal do papel da escola é prevenir intimidação, onde a solução efetiva? A proposta de mediação escolar é importante.

9. DA PROPOSTA DE MEDIAÇÃO ESCOLAR CONCORRENTE AO ÂMBITO ESCOLAR ATÉ A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO NO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA PROCLAMADO PELA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DA INDEVIDA APRECIAÇÃO DOS FATOS DA CAUSA LIMITADAMENTE

A mediação escolar poderá vir a ser de grande resultado, com assessoria integrativa dos responsáveis, para assegurar ser mantida a comunicação entre pais e escola, desde o incidente ou dos fatos que vierem a ser noticiados, sendo necessária e imprescindível a ação escolar, desde que, precipuamente neutra, com educadores. Tal intento, será viável, profissionalizando-se a atividade de mediar, sem se afastar da finalidade de motivar a

pacificação, se viável, inclusive para que haja conscientização, em vir a sanar e alcançar as prioridades de casos de conflitos, em que a escola estando envolvida diretamente poderá acarretar em desastrosa ineficácia na prevenção ao bullying, ou no suporte posteriormente.

Se busca, pela otimização e integração entre as crianças implicadas, que além de alunos estarão tendo que rever suas atitudes, coordenados por pessoas que não lhes inspirem maior temor reverencial do que respeito ou admiração, por exemplo, de tal forma que tenham atitude espontânea, não dissimulada, e assim, possam se posicionar para ter discernimento da extensão do malefício ocorrido, e afim de serem eficazes os métodos de reconciliação, se possível, na hipótese de manutenção da comunicação, e através de diversas modalidades integrativas para que o aprendizado proveniente do conflito seja solucionado, a partir da definição ou delimitação da causa fática indicada, ou episódio informado, e inclusive que o tenha deflagrado!

No âmbito da prova dos fatos, se verifica que *"no processo, os fatos determinam a interpretação e a aplicação do direito, enquanto a verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça da decisão."* (Verdade e Processo, Michele Taruffo, in Processo Civil Comparado, ensaios. Trad. Daniel Mitidiero.) Neste enfoque, sendo a instrução orientada pelo princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, devem ser admitidos os meios de prova necessários, aos esclarecimentos do fato, tais como, expedição de ofícios a escola ou clube, para obtenção de tais provas, através de áudios, filmagens do local do evento, dentre outros para avaliar a conduta no ambiente escolar.

A institucionalização da mediação escolar por agentes neutros é recomendada, como espécie excepcional, e poderá propiciar no resultado em eficácia direcionada no interesse superior da criança, e para a conscientização e transformação dos agentes, sejam ofensores ou vítimas, ou vítimas que se tornam agressores, em círculos viciosos que desmotivarão a mediação aplicada internamente, por professores ou psicopedagogos contratados pela escola, ou vinculada a escola, porque poderá vir a ser superado o timing imediato, e assim não se poderá banalizar o ocorrido, como mais um quase conflito destituído de importância, sob o ponto de vista escolar, e que vier a ser remediado pelo esquecimento, ou tratado com o mero aborrecimento.

Por conseguinte, a institucionalização da mediação escolar poderá propiciar a imediata atenção, em avanço dos métodos de prevenção, oportunizando as vítimas, concomitantemente com os agressores a revisão da conduta, a ser repelida, e assim, a sua própria versão, inclusive não seja relegada a momento posterior, em que a atenção sobre os

fatos já foi diminuída, e quando os conflitos sejam insuperáveis pelo convívio diário, e no momento escolar poderão ser conduzidos com mais isenção de animus e interesses, já que efetivamente o ambiente escolar não é de todo acessível pelos pais, notadamente em salas de aulas, ou de acesso restrito a alunos e professores e funcionários, dificultando o alcance da real versão do ocorrido! Ora, na medida em que há o instituto de inversão de provas, no âmbito da prestação de serviços na legislação consumerista, se constata muito desafiador para a vítima, a tendenciosa impossibilidade de se averiguar os fatos que ocorrem na escola, que possam ser limitados, a fim de dificultar a prova até dos fatos intimidatórios no ambiente escolar por política de preservação da imagem da instituição, razão pela qual muitos incidentes sequer são averiguados e simplesmente se abafam na própria escola!

Assim, enquanto não houver aparatos e instrumentos hábeis de transparência, como câmaras, em salas de audiência, presídios, escolas, orfanatos, instituições, clubes, associação, grêmios, a construção da sociedade justa e tão buscada na sociedade será uma versão fictícia da realidade! A via virtual nos proporciona muita ampliação dos espaços públicos e privados, porém temos que institucionalizar tal transparência e tornar real tal desiderato social! As imagens devem ser preservadas em ambiente escolar, se houver necessidade para apuração dos fatos, até porque o agente agressor não pode ser beneficiado indeterminadamente, pela possibilidade de vir a ser impune pela falta de prova.

A dignidade da criança e adolescente não poderá mais ser vilipendiada, devendo ser preservada a norma do art. 1, inciso III[7] da Constituição Federal, por incursões de natureza prática, timing insuficiente diante do calendário escolar, ou gestão escolar interna compacta, ou concentrada ou fragmentada, que possam vir a dispersar os fatos e sua importância de serem informados na versão completa, já que o interesse da criança deve ser tutelado e preservado, integral e imediatamente, a partir da ciência e dos meios de acesso e verificação dos fatos, assim que os mesmos ocorrerem! A atividade escolar envolve risco de sua gestão, seja ela eficaz ou não eficiente.

E, assim, tal risco é patente na responsabilização da instituição, escola ou clube, ou se houver obrigação de reparação de danos, dentre diversas ocorrências, como na hipótese em que houver constatação da falta de supervisão, por exemplo, em data de evento escolar, ou que a política de prevenção não foi satisfatória, afinal, priorizar outras preferências institucionais, que não a da prevenção da intimidação, no momento de sua ocorrência, quando

[7] Constituição Federal, Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

o acesso aos fatos são evidenciados e desvendados, deverá ser passível de vir a ser ressarcido ao aluno, estudante criança ou jovem, que vir a ser prejudicado.

A intimidação, de outro lado, não poderá vir a ser banalizada por inverídicas ou duvidosas, e reticentes versões, ou pelo suposto indicativo de que o agressor não agiu sem provocação, com aplicação de eventual penalidade a vítima inclusive, ou advertência tal, que possa, incongruentemente, vir a ajudar até o agressor contra a vítima, evitando-se que seja triplicada a vitimização na pessoa da criança ou jovem intimidado, pela falta adequada de supervisão da escola, ou até da família, se for o caso, no caso de evento escolar, que possa vir a desencadear progressivas responsabilizações por número indeterminado de membros do grupo de crianças ou adolescentes, podendo vir a ocorrer, invertidamente, vir a ficar desacreditada a criança ou até desmoralizada perante tais grupos, de forma irreversível!

As providências para que a intimidação não se resolva apenas na prevenção, nas hipóteses que vierem a ocorrer se justificam na exata medida em que há valores a serem legalmente tutelados e que são primordiais, não podendo ceder passo a interesses escusos motivados por especulação do interesse privado da instituição, ou por incauto vaidosismo intelectual de técnicos profissionalizados, já que os valores implicados são de interesse de natureza superior da criança e adolescente, portanto, de seres humanos em formação.

Assim, devendo se respeitar a fragilidade do intimidado, sem torná-lo mais debilitado, na hipótese de ser subestimada sua dor ou sofrimento, devendo ser respeitada a natureza de tal especificidade do perfil da vítima e agressor, no âmbito da causa que vier a ser dirimida pelo Poder Judiciário, assim como, o poder familiar de um pai e uma mãe, que tem assegurado o pleno exercício de tal poder, e assim como tem direito na direção da criação e da educação, e notadamente, quanto a forma e teor, quanto a ser direcionados os ensinamentos escolares, e principalmente, respeitando-se até a intuição[8] maternal por exemplo, e até a intuição que deverá qualificar a sensibilidade do caso, no espectro do julgador, e assim, primar na valoração da prova, que poderá analisar desde o aspecto intuitivo natural de uma mãe, até a opinião de uma coordenadora, e a partir do material da prova, em busca da solução

[8] Osho, "Intuição, O Saber Além da Lógica, Editora Cultrix, p. 46/47: A intuição é como o instinto, porque você não pode fazer nada quanto a ela. Ela faz parte da sua consciência, assim como o instinto faz parte do seu corpo. Você não pode fazer nada quanto ao seu instinto e não pode fazer nada quanto á sua intuição. Mas assim como você pode permitir que os seus instintos sejam satisfeitos, pode permitir e dar total liberdade para que a sua intuição seja satisfeita. E você ficará surpreso com os tipos de poderes que carrega dentro de si. A intuição pode lhe dar respostas para as questões supremas – não verbalmente, mas existencialmente. A intuição é uma vidente, ela tem olhos. Ela vê a verdade, não é uma questão de pensar a respeito. A intuição conduz você apenas para si mesmo. Ela não tem dependência, não tem necessidade do outro; daí a sua beleza, a sua liberdade e independência. A intuição é um estado exaltado de não necessitar de nada. Ela é tão cheia de si que não sobra espaço para mais nada. Num certo sentido, a intuição é como o intelecto, porque ela é inteligência. O intelecto e a inteligência são semelhantes ao menos na aparência, mas apenas na aparência. A pessoa intelectual não é necessariamente inteligente, e a pessoa inteligente não é necessariamente intelectual."

que melhor atenda ao interesse superior da criança, a ser tutela judicial ou extrajudicialmente por mediadores escolares, que não poderão estar a serviço do sistema educacional por si mesmo, e antes estarão agindo em prol do interesse infanto-juvenil, que demanda a solução para que o conflito tenha pacificação em si, e mediante análise e resultados que não distorçam a verdade e versão fidedigna dos fatos, em virtude de que o acesso a como tais fatos ocorreram nem sempre ou quase nunca são de domínio claro e conhecimento ou participação de um funcionário ou supervisor de ensino, agente ou preposto, e infelizmente dos pais, como no caso da intimidação vir a ocorrer em evento escolar.

O direito inalienável do infanto juvenil de ser integrado para a solução do conflito, não poderá jamais ser relegado a segundo plano, ou ao tempo disponível na pauta dos orientadores, professores e diretores assoberbados de missões inerentes ao cargo e função, já inesgotáveis, e sendo tal pauta de agenda de relevância insubstituível, em favor da massa dos estudantes que dependem de sua atuação institucional para prosseguirem no estudo e formação indelegável! Já os demais estudantes que sofrerem processos internos ou estiverem com situações adversas e conflitantes, instigados por intimidações ou bullying não poderão ser prejudicados, pelas prioridades institucionais ou pelo risco de a apuração do conflito não ser favorável ao ente ou instituição escolar! O ponto final não é em favor da escola, e sim em vista do processo educacional ser prioridade e a respectiva integração do aluno ser indispensável, e não podendo ser prejudicada por fatores inerentes a rotina de uma escola!

Todos já temos em comum um contorno da infância, e reminiscências, que nos fazem lembrar que quando éramos crianças ... também éramos e nos comportávamos, ora imitando, ora repudiando ou revolucionando os padrões do mundo adulto em evidente destruição! Como ser edificante, enquanto agente ou aluno de aprendizado constante, em um molde individual cujo padrão não é motivador? As próximas gerações não querem discussão acadêmica destituídas de efeito pragmático, até porque não são de aplicabilidade prática aferível a curto prazo.

As respostas são de natureza e posição instantâneas, infelizmente, as vezes, até destituídas de reflexão, causando impacto pela dinâmica dos relacionamentos e globalização da mídia e meios de comunicação, assim os valores que sofrem constante alterações, em liquidez inalcançável, mas ainda assim, no âmbito da relação escolar, o afeto não pode ser desconsiderado, e a atenção deve ser direcionada com atividades que integrem o indivíduo para estar feliz na escola, estando apto a desenvolver cognitivo, não desvinculado do emocional saudável. A excessiva centralização dos mecanismos de controle administrativo,

no âmbito escolar não permitem, em alguns casos, que as potencialidades dos jovens em formação sejam devidamente redimensionadas, devendo ser dado espaço real e não fictício ou formal, através de cartilhas, espaços compartilhados, assembleias, para que a riqueza do contingente humano, não seja esmorecida, na expectativa de transformações que não são dinâmicas como deveriam, diante da multiformidade e diversidade de potenciais cognitivos!

A educação para possa cumprir sua meta e proposta e incentivar os estudiosos e aos futuros intelectuais que buscam a verdade individualista por si mesmo, tem que alcançar a combinação de fatores dos mais expressivos, entre duas ou mais pessoas e que, entrelaçadas por um aprendizado, entre si, por um limitado período, se estreitam para depois se distendendo, alcançar o resultado positivo deste vínculo, sendo que o melhor de cada um é o que há de prevalecer para o sentido, valores e finalidades da educação ser cumprida, sem riscos de intimidação, perseguição ou dissensões entre os alunos e professores, que incrementem os pontos negativos do ser humano, sem riscos de que os filhos de nossos filhos estejam submetidos a tratamento desumano por um ser humano sem equilíbrio!

Como prevenir pela legislação, que por ser omissa e casuística, se torna até inaplicável, no contexto da realidade fática real, em que os prováveis algozes não sejam apenas, hipoteticamente, os que estão dentro da escola, desde professores, funcionários, mas sim os próprios pais ou responsáveis no âmbito escolar, que através de seus atos ilicitos sejam alcançados, já que são qualificados como parceiros?

A prevenção proposta na lei de intimidação é incentivadora para que as ocorrências sejam minimizadas, porém uma vez que ocorram devem receber o tratamento devido, e não banalizadas, porque a vítima não poderá vir a ser prejudicada pela versão inverídica, ou por análises perfunctórias sem correlação com outros fatos.

Será que a previsão legal da intimidação preventiva será mais uma alavanca inaceitável de alienação da realidade, acarretando em asfixia legal, que dependerá de diversos segmentos psico-pedagogos, médicos, psiquiátricos, a partir da padronização de procedimentos inúteis de prevenção, que não sendo alcançados os objetivos, atribuirão decadentemente, mais uma vez, as crianças, meros objetos de estudo em prol dos interesses privatizados de escolas particulares, ou de entendimentos e vaidosismos intelectualmente forjados, a pretexto de isentarem o professor, o funcionário, o pai, a mãe, enfim a comunidade escolar/familiar, lançando a justificativa débil de outras causas patológicas para tentar isentar de responsabilidade os principais protagonistas da educação que não poderão ser neutros, diante de fatos que acontecem nos corredores escolares, na sala de aula, no pátio, no

auditório, e vindo a vitimizar mais uma vez, a figura da criança, sem que a tutela legal seja outorgada, da forma e em tempo hábil, a fim de restaurar a alma e a vivência de um ser humano em formação, até quando a imperfeição do homem da psicologia, da educação e do homem da lei, com todas as limitações inerentes a nossa imperfeição de seres humanos será excludente das repercussões e necessidades que alcançam a justiça sob a ótica da norma com a visão real escancarada de uma necessidade de ação e transformação para o ser humano ser e capaz de assumir os efeitos de sua conduta? Até que ponto há preconceito em se reconhecer que a parceria escola família implique em excepcional divisor de águas, enquanto comunidade escolar que deve ser participativa para prevenir ocorrências ultrajantes contra crianças, e na medida em que, a intuição maternal seja ouvida e respeitada, não apenas sob enfoque médico, mas sob os palcos de cenas da justiça, em que o caos da diversidade de entendimentos frusta a aplicação escorreita do justo e da esperada lei e norma existente a ser efetivada, neste caso com urgência, devido aos nefastos efeitos de malignidades e perversidades de uma mãe que faz parte da comunidade escolar, e tenta, ainda locupletar-se às custas da sua posição de algoz intimidadora de uma criança, que teve que se transferir de escola, até se sentir uma vítima triplicada da escola, da algoz, e da justiça, e perseverando como paciente de uma sociedade doentia, em que a causa de bullying e intimidação persiste não solucionada pela justiça especial, em favor da sua dor e sofrimento, vindo a prestigiar a causa do enriquecimento ilícito e injusto!

À guisa de ilustração, se constata que na referência doutrinária da obra "a institucionalização invisível, Maria Aaparecida Affonso Moyses, referenciando ao tópico de relevância de crianças que não aprendem na escola, desmistifica toda a literatura pedagógica, que visa descartar da escola crianças que "só não aprendem na escola", em repugnante e repulsivo rótulo, e *"por isso são rotuladas de portadoras de alguma doença, a autora vem se dedicando a puxar os fios que tramam as formas de pensar a criança, a escola, os processos de aprendizagem, em nossa sociedade".* A autora, em brilhante exposição enuncia, analisando os modos pelos quais estas crianças, normais até entrarem em uma escola excludente, são tornadas reféns de doenças inexistentes, de fracassos que não são seus, sendo por fim aprisionadas em instituições invisíveis.

Conforme educação e direitos humanos, Ricardo Castilho refere que *"educar, já se sabe, não é apenas transmitir saberes e conhecimentos, mas estabelecer uma inter relação pessoal e afetiva, para que todos os envolvidos trabalhem, em harmonia, pelo desenvolvimento. educação pode ser entendida, no sentido mais estruturante, como uma*

relação de amor, em todas as suas formas: afeto, respeito, identificação, aceitação, recompensa."

Com efeito, não se pode prescindir de amar a atividade educativa, para fins inclusive de ser providenciada ou até supervisionada pelo orientador ou diretor, a mediação escolar, no sentido de que compreende a dedicação demandada em diversificadas aptidões e exercício de talentos.

No mais, qualquer resquício de uma mediação escolar, interna ou externa, advinda de erro ou banalização dos conflitos, sem alcançar o resultado necessário será forma repugnante de preconceito e de incrementar prejudicialmente novas formas de intimidação, num círculo vicioso, que deve cessar ou diminuir após ciclos de palestras, e de atuação efetiva de um grupo comprometido com a otimização dos relacionamentos entre crianças, que são alunos de uma escola, mas motivados por profissionais credenciados e comprometidos com o interesse da criança ou adolescente!

Não alcançando a finalidade preventiva da lei, outras modalidades poderão acarretar em injustiças inadmissíveis para o contexto legal da legislação, já que por ser preventiva não pode descartar solução do conflito judicialmente e para tanto os critérios devem ser seguros e não duvidosos pela natureza jurídica e tratamento legal implicado do interesse da criança e do adolescente.

Devemos de qualquer forma, ou sob qualquer ótica realçar que tal legislação de intimidação deverá exercer tal impacto na sociedade e na mediação escolar, a ponto de que sejam compartilhadas suas experiências, e resultados positivos, a fim de que seja evitado que a criança ou adolescente seja rotulado de tal forma que venha a incorporara tal estigma sem solução de continuidade, vindo a ser irreversivelmente uma pessoa que não poderá alçar os voos que a vida lhe reservar, podendo ficar reduzido aos pensamentos que um grupo lhe tenha alcunhado, e para tal desiderato se prescinde da lei preventiva, vindo a dar lugar a uma judicialização intensificada de mazelas que envolvam tais conflitos escolares que não tenham o devido processo de mediação escolar solucionado positiva e adequadamente!

Há nesse quadro temático que se fazer uma interligação sistêmica entre muitos casos de se buscar justificativa médica, ou psicológica para atendimento a uma criança ou adolescente, que são provenientes de um bloqueio no convívio escolar estigmatizado, como pode ocorrer, devido a conflitos que sejam precedidos de atos de intimidação, por exemplo, e cuja análise científica, ora compartilhada, adveio de profissional médica habilitada como pedagoga para tecer tal esclarecimento e explicitação, que é aplicável como recurso científico

a nos habilitar a alertar os educadores e demais segmentos da sociedade, sobre o risco e perigo da falta de preparo até internamente para que seja alcançada a mediação escolar profissionalizante, que deverá priorizar as peculiaridades do caso em questão e não resolver pela patologia a causa que foi originada de uma intimidação não solucionada, ou resultado de traumas para uma criança, ou da problemática acusatória de um educador ou agente de ensino não apto a tecer diagnósticos para médicos ou afins de quadros, que não guardem relação com o real significado de uma situação externa que foi a causa primeira do quadro patológico que veio a se instalar posteriormente ao bullying que possa não ter recebido o tratamento adequado e profissionalizante demandado na escola, e nos espaços públicos, grêmios, associações e clubes, dentre outros:

Detalhando a estigmatização do rótulo ou preconceito, nos ensina a maestria da doutrinadora com conhecimento ambivalente Maria Aparecida Affonso Moyses[9]: pag. 47:

> *"rotulada a criança resiste, luta contra o preconceito, até que o incorpora. resiste e incorpora em sua vida inteira, não em fragmentos de vida. não é apenas na escola que se torna a criança que não sabe: a incapacidade adere a ela, infiltra-se em todas as facetas, todos os espaços da vida. deixa de ser incapaz na escola para se tornar apenas incapaz". "expropriada de sua normalidade, sofre, sofre ao resistir, sofre ao desistir, sofre tão intensamente, pelo sutil processo de expropriação violenta, que nos atinge a todos que nos dispomos a olhá-las, a dar-lhes voz, a respeitar sua individualidade. por isso, tão sofrido o trabalho com as crianças."*

[9] **A Institucionalização Invisível**, Crianças que – não- aprendem –na-Escola, Maria Aparecida Affonso Moysés; Mercado Letras, Fapesp; pág. 47: "O processo de patologização é duplamente perverso: rotula de doentes crianças normais e, por outro lado, ocupa com tal intensidade os espaços, de discursos, propostas, atendimentos e até de preocupações, que desaloja desses espaços." Pag. 47: ***"ROTULADA A CRIANÇA RESISTE, LUTA CONTRA O PRECONCEITO, ATÉ QUE O INCORPORA. RESISTE E INCORPORA EM SUA VIDA INTEIRA, NÃO EM FRAGMENTOS DE VIDA. NÃO É APENAS NA ESCOLA QUE SE TORNA A CRIANÇA QUE NÃO SABE: A INCAPACIDADE ADERE A ELA, INFILTRA-SE EM TODAS AS FACETAS, TODOS OS ESPAÇOS DA VIDA. DEIXA DE SER INCAPAZ NA ESCOLA PARA SE TORNAR APENAS INCAPAZ". "EXPROPRIADA DE SUA NORMALIDADE, SOFRE, SOFRE AO RESISTIR, SOFRE AO DESISTIR, SOFRE TÃO INTENSAMENTE, PELO SUTIL PROCESSO DE EXPROPRIAÇÃO VIOLENTA, QUE NOS ATINJE A TODOS QUE NOS DISPOMOS A OLHÁ-LAS, A DAR-LHES VOZ, A RESPEITAR SUA INDIVIDUALIDADE. POR ISSO, TÃO SOFRIDO O TRABALHO COM AS CRIANÇAS."***

Assim, nos dizeres de Gabriel Chalita, *in* "A ESCOLA DOS NOSSOS SONHOS"[10], a educação deve dar meios para que o homem possa vir a se desenvolver, superando a si mesmo.

10. DAS NORMAS LEGAIS CIVILISTAS E DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL

Sem adentrar no mérito criminal, a responsabilidade cível desborda da esfera criminal e é independente desta, nos moldes do art. 935 do Código Civil, que dispõe:

> *"a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".*

Tendo em vista a normatividade aplicável, se constata que na medida em que os polos de poder são equidistantes, ou seja, quanto maior a diferença de poder, maior a gravidade dos fatos advindos da intimidação, pois se denota a agressividade e desvio ou abusividade, de um ser que poderá ser duplamente desequilibrado, já que há relação de poder desproporcional, afinal.

Um adulto intimidar uma criança ou adolescente, é uma conduta totalmente insensível, ilícita, intimidatória, reprovável, descabível e desproporcional, na hipótese da criança se sentir insegura e amedrontada, e principalmente, desprotegida, no próprio ambiente escolar, e o que é pior até exposta, sobremaneira, razão pela qual, neste caso, os danos deverão ser ressarcidos, na integralidade pelo agressor, na área judicial.

A norma do art. 953 do Código Civil, prevê, que:

> *"A indenização por injúria, difamação ou calúnia que consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido."*

[10] "Ser ator, e não espectador, era invariavelmente o sonho dos pensadores antropocêntricos. A educação precisava dar condições para que o homem pudesse se desenvolver, superando a si mesmo, e àqueles que tentavam convencê-lo de sua eterna ignorância."

Parágrafo único: Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso."

O fato ilícito existente, portanto, e a autoria ao mesmo já acarretam o dever de indenizar, ainda não havendo prova do dano material. Subsiste o ilícito civil.

11. DA SUPERVISÃO ADEQUADA COMO REFERENCIAL EXPRESSO DO ART. 3 DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA PARA FINS DE ASSEGURAR PROTEÇÃO AS CRIANÇAS PELAS INSTITUIÇÕES, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES RESPONSÁVEIS PELOS CUIDADOS OU PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES FUNDAMENTAIS VIGENTES. CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA E DECLARAÇÃO DE GENEBRA SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA DE 1924. DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA ADOTADA PELA ASSEMBLÉIA GERAL DE 20.11.1959 E RECONHECIDA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. LEI ANTIBULLYING E DA INTIMIDAÇÃO A SER PREVENIDA PELA SUPERVISÃO ADEQUADA.

A matéria legal fundamental acima está encartada, no âmbito dos direitos humanos, precipuamente, como já acima elencado, no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, (1989)[11], inspira o dever de cuidado, relativamente a crianças, pelas instituições, serviços e instalações, e a previsão de que, "*em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social, públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos terão consideração primordial os interesses superiores da Criança."*

Ademais, tendo em vista a necessidade de proporcionar *proteção especial à criança* foi afirmada na Declaração de Genebra sobre os direitos da criança de 1924 e na Declaração sobre os direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20.11.1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, (particularmente nos arts. 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (particularmente no art. 10) e dentre outros

[11] Adotada e aberta assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n. L. 44 (XLIV), da Assembléia Geral das Nações, de 20.11.1989.

documentos e estatutos que são provenientes de organizações relevantes das agencias especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem estar da criança, e se define por excelência, como sendo de relevância indissociável, inclusive quanto ao termo SUPERVISÃO para ser exercido pelas instituições e escolas, para a compreensão do tema relativo ao direito fundamental à educação.

Tais parâmetros deverão ser igualmente inspiradores, e relativamente à intimidação ou bullying, previsto na Lei nº 13.185/2015, havendo inclusive projeto de Lei de 2011, sobre crime de intimidação vexatória, no âmbito criminal, devendo ser promovido ao aperfeiçoamento das garantias fundamentais no âmbito educacional, sendo que devem ser preservados com especificidades legais, os direitos humanos, relativamente a tutela de crianças e jovens, quanto a proteção de crianças e jovens, e no âmbito legal, notadamente quanto ao respeito do art. 1.634 do Código Civil, e devendo ser responsabilidade da escola, a prevenção efetiva de bullying, *e a supervisão adequadamente, devendo as crianças e jovens serem supervisionados.*

Por conseguinte, de pouco adiantará a previsão de normas, a propósito já existentes, e das diretrizes fundamentais, tutelando o direito à educação, e as demais normas, quanto a proteção da criança, nos diversos espaços públicos ou privados, se não houver tal premissa de supervisão, a ser observada nos casos previstos enunciados pela Lei 13.185/2015, que preconiza a prevenção, destituída da necessária e imprescindível supervisão, indicada como meio para ser assegurada tal proteção! A supervisão implica em cuidado e prevenção!

A par com tal normatividade, eventual "omissão dos profissionais da escola incorre em infração administrativa"[12], conforme disciplinado pelo art. 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como já há previsão expressa na Lei antibullying, que prevê:

> *Art. 5º. É dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (bullying).*

[12] MENTES PERIGOSAS NAS ESCOLAS; p. 195, ANA BEATRIZ BARBOSA SILVA, 2015, Editora Principium;

A par com tal regulamentação legal, no caso dos jovens, há norma especificamente a ser considerada, quanto a ser assegurado pelo Estatuto do Jovem, a qualidade educacional da prestação de serviços educacionais. – Lei nº 12.852/14 – Estatuto da Juventude:

> *"O jovem tem direito à educação de qualidade, com garantia e educação básica, obrigatória e gratuita, inclusive para os que a ela não tiveram acesso na idade adequada. Àqueles que apresentam alguma deficiência, também é assegurada a inclusão no ensino regular em todos os níveis e modalidades educacionais."*

Ademais, igualmente devem ser objeto de supervisão pela escola, a comunidade escolar, e os próprios atos de agentes ou funcionários da instituição que discreparem das normas aplicáveis, já que na qualidade de prepostos poderão vir a responsabilizar a entidade de ensino, ou instituição, a fim de que a sociedade implemente o papel da formação e educação dos membros escolares das entidades de ensino, e para que haja institucionalização de mediação escolar, e até familiar, visando o respeito a valores provenientes dos direitos humanos protetivos para crianças e jovens, incentivando os alunos na escola, e nos diversos segmentos públicos e privados, e junto a comunidade escolar, o afeto e amor ao próximo, cultivando a convivência harmônica entre os seus pares, no alcance da felicidade, compreensão, incrementados pela cultura de paz, a inspirar os ambientes escolares, de ensino e lazer, como clubes e recreações, em que crianças e jovens poderão interagir, respeitando-se e tolerando-se, com dignidade preservada, liberdade, igualdade e solidariedade, a fim de que haja o desenvolvimento pleno de sua personalidade, devendo crescer em ambiente familiar saudável, e desfrutar de convivência no âmbito escolar, que preservem os interesses superiores da criança e jovem, como diretriz específica.

Na base social, a família e a escola[13], são dois ambientes essencialmente complementares, e aliados para o fim comum de interesse na prevenção sistemática de bullying, e em virtude do processo educacional ser decisivo para o desenvolvimento da nação, e contribuindo na motivação para a manutenção ou reconstrução da cultura de paz, a inspirar os ambientes escolares em geral, de convívio harmônico para o

[13] Violência Escolar e Bullying: O Papel da Família e da Escola. "Destarte, a questão do bullying escolar, não pode ser pensada, isoladamente, principalmente por que envolve duas instituições importantes na sociedade, que são a família e a escola."

ensino, e principalmente para proporcionar ao aprendizado, e inclusive no espaço privado de lazer nos clubes, preconizada pelas normas sobre direitos da criança que visam a sua proteção, a fim de que seja promovida pela instituição a tutela de crianças e adolescentes, a ser assegurado no processo educacional, nas várias modalidades de ensino.

BIBLIOGRAFIA

CASTILHO, Ricardo. Educação e Direitos Humanos, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHALITA, Gabriel. A Escola dos nossos sonhos. São Paulo: Editora Ciranda Cultural, 2017.

COMÊNIO, João Amós. Didática Magna. Trad. e NotasÇ Joaquim Ferreira Gomes. Fundação Lisboa, Portugal: Calouste Gulbekian, 2001.

MOYSES, Maria Aparecida Affonso. A Institucionalização Invisível, Crianças que não aprendem na Escola; São Paulo: Editora Mercado Letras, 2001.

PAULO, Beatrice Marinho. Psicologia na prática jurídica – A criança em foco, 2ª. Edição, São Paulo: Editora Cortez, 2012.

RAMOS, Euélica Fagunde. Violência Escolar e Bullying: O Papel da Família e da Escola. Disponível em: < https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/administracao/violencia-escolar-bullying-papel-familia-escola.htm>.

ROMÃO, Luis Fernando de França. Microssistema dos direitos da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas nas Escolas. Rio de Janeiro: Editora Principium, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena (coord). Direitos Humanos – Instrumentos Internacionais de Proteção de Direitos Humanos – Edições Paloma, 2ª edição.

LA PERSPECTIVA DESCOLONIAL LATINOAMERICANA, EL GRUPO MODERNIDAD COLONIALIDAD Y LOS ESTUDIOS CULTURALES EN COLOMBIA

A PERSPECTIVA DESCOLONIAL LATINO-AMERICANA, O GRUPO MODERNIDADE COLONIALIDADE E OS ESTUDOS CULTURAIS NA COLOMBIA

Julián Cuaspa Ropaín[1]

RESUMEN:

Este artículo revisa los postulados principales del Grupo Modernidad Colonialidad, situando dicho grupo dentro del contexto de la perspectiva descolonial latinoamericana. A partir una revisión bibliográfica, se establecen sus relaciones con el proyecto de los Estudios Culturales, primero en Colombia y luego en América Latina. Inicialmente, se realiza una contextualización histórica e institucional de dichas relaciones que, de cierta forma, se consideran mutuamente constituyentes. Posteriormente, se realiza un análisis de parte de la producción escrita por miembros del Grupo Modernidad Colonialidad, principalmente las compilaciones colectivas, buscando identificar algunos conceptos y líneas teóricas que permitan realizar la relación entre la perspectiva descolonial y los Estudios Culturales en algunos lugares de América Latina. Finalmente, se busca localizar dichos debates teóricos, contextuales e institucionales específicamente dentro del proyecto del Grupo Modernidad Colonialidad, para condensar las discusiones de las perspectivas analizadas.

PALABRAS CLAVE: Perspectiva Descolonial. Grupo Modernidad Colonialidad. Estudios Culturales. América Latina

RESUMO:

Este artigo analisa os principais postulados do Grupo de Modernidade Colonialidade, colocando esse grupo no contexto da perspectiva descolonial da América Latina. A partir de uma revisão bibliográfica, são estabelecidas suas relações com o projeto dos Estudos Culturais, primeiro na Colômbia e depois na América Latina. Inicialmente, realiza-se uma contextualização histórica e institucional dessas relações que, de certa forma, são

[1] Doutorando em Antropologia Social (FFLCH-USP). Mestre em Estudos Culturais (EACH-USP). Possui graduação em Antropologia - Universidad de los Andes, Colombia (2013) e bacharelado em Linguagens e Estudos Socioculturais - Universidad de los Andes Colombia (2015). Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

consideradas mutuamente constituintes. Posteriormente, é realizada uma análise de parte da produção escrita pelos integrantes do Grupo Modernidade Colonialidade, principalmente as coletâneas, visando identificar alguns conceitos e linhas teóricas que permitam realizar a relação entre a perspectiva descolonial e os Estudos Culturais em algumas partes da América Latina. Por fim, busca-se localizar esses debates teóricos, contextuais e institucionais especificamente dentro do projeto do Grupo Modernidade Colonialidade, a fim de condensar as discussões das perspectivas analisadas.

PALAVRAS CHAVE: Perspectiva Descolonial. Grupo Modernidade Colonialidade. Estudos Culturais. América Latina

1. INTRODUCCIÓN

Llama la atención el trato y abordaje que se le ha dado a algunos horizontes de análisis e investigación como la perspectiva descolonial, el pensamiento latinoamericano poscolonial y los conocimientos locales, de forma general durante los últimos años. Dentro del proyecto de institucionalización de los estudios culturales en Colombia (Aparicio, 2012; Lobo, 2012; Rutter-Jensen, 2012), al igual que al interior de las ciencias sociales y las humanidades, a pesar del panorama seductor que se desprende de los espacios de investigación y reflexión que posibilita el Grupo Modernidad Colonialidad para el pensamiento latinoamericano, las ciencias sociales y humanidades, salvo ciertas excepciones, existe la sospecha de que no se le ha prestado suficiente atención.

Este documento que parte en gran medida de una revisión bibliográfica, busca analizar algunos de los postulados del Grupo MC con el fin de determinar su pertinencia dentro del marco del proyecto de nación del contexto colombiano, en relación a grupos étnicos, minorías, movimientos sociales y comunidades locales. Para tal propósito, y dentro del contexto que se produce este artículo, es relevante entender dicho análisis desde la perspectiva del pensar y hacer estudios culturales desde la periferia y, así, vislumbrar los espacios de reflexión que genera la confluencia entre los estudios culturales en Colombia y el programa de investigación del Grupo Modernidad Colonialidad.

Para resaltar algunos aspectos centrales del Grupo MC y el pensamiento poscolonial en general, vale la pena realizar la siguiente serie de aclaraciones. Dialogar con conocimientos no eurocéntricos constituye un rasgo significativo para el Grupo MC, que encuentra en el área andina de la región latinoamericana un gran avance y una considerable

organización en el conocimiento local y las luchas indígenas. El Grupo MC está concebido principalmente con un enfoque andino, es decir, tiene predominancia el análisis y la acción que se desprende de algunos países latinoamericanos, donde la Cordillera de los Andes representa una gran parte del territorio geográfico. En estos países, Bolivia y Ecuador, principalmente, las organizaciones indígenas de territorialidad andina están considerablemente establecidas en términos políticos. La relevancia de la organización de los pueblos originarios dentro de las trayectorias poscoloniales latinoamericanas radica en la unidad –a pesar de las divergencias– en cuanto a lo cultural e identitario, en donde predomina lo indígena, o por lo menos no constituye una pequeña minoría sin mayor injerencia política. Sin embargo, el proyecto del Grupo MC no consiste en limitarse a un territorio-espacio-nación, por el contrario, es importante abarcar la gran región latinoamericana. Así, esta investigación pretende adelantar una revisión de los postulados, procedimientos y objetivos más generales del Grupo Modernidad Colonialidad y, a partir de allí, analizar la materialización política, social y cultural del aparato teórico del Grupo MC en el contexto colombiano, entendido éste como un campo altamente heterogéneo, desigual y fragmentado.

Para el propósito de dicha tarea, este documento se compone de una base contextual y teórica, dos secciones acerca del Grupo Modernidad Colonialidad y algunas reflexiones finales. La base contextual la dedicaré a situar contextualmente los debates y acontecimientos que fueron dándole forma al programa de investigación Modernidad Colonialidad, al igual que recapitularé brevemente algunos eventos concurrentes del comienzo y subsiguiente institucionalización de los estudios culturales en Colombia. A continuación, en la base teórica, incluiré algunos conceptos claves para entender los planteamientos y el programa de investigación Modernidad Colonialidad como una perspectiva latinoamericana que da un paso al frente para diferenciarse y desencajarse de los paradigmas teóricos de la metrópoli y de la tradición epistemológica hegemónica europea y norteamericana. La primera sección es acerca de los antecedentes teóricos y prácticos, de los fundamentos conceptuales del Grupo MC y la perspectiva descolonial. La segunda sección consiste en identificar algunas de las perspectivas de acción política, social y cultural, al igual que de investigación, que abre el grupo dentro y fuera de los estudios culturales, al igual que sus posibles implicaciones en relación a los movimientos sociales, la *praxis* y el proyecto de Estado-nación en el contexto colombiano. Esto último con el fin de identificar la posible puesta en escena o la imposibilidad de ésta en el accionar político de las organizaciones sociales dentro de un país latinoamericano.

2. BASE CONTEXTUAL

El desafío que presenta un programa de la envergadura del Grupo MC desborda cualquier intento de pretender encapsularlo dentro de un proyecto de institucionalización y reafirmación de los estudios culturales en un contexto particular latinoamericano. Sus inquietudes atraviesan extensos conocimientos y *disciplinas* de las ciencias sociales, las humanidades e inclusive se busca desdibujar las fronteras entre los distintos campos de conocimiento (Castro-Gómez, 2007, p. 87-89) y romper divisiones robustas como las que existen entre las ciencias sociales y las ciencias (López, 2000, pp. 181-182).

A finales de la década del noventa y sobre todo a comienzos de la década pasada sucedieron dos eventos cruciales que se superponen temporalmente. Cuando comenzaba a materializarse el proyecto Modernidad Colonialidad a partir de encuentros, conferencias, convenios interinstitucionales y publicaciones de pensadores latinoamericanos (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007) preocupados por temas relativos a la modernidad y su inherente faceta de la colonialidad (Mignolo, 2000), la colonialidad del poder (Grupo de Estudios Sobre Colonialidad, 2010; Quijano, 2000), la geopolítica del conocimiento y el nacimiento de las ciencias sociales como instrumento de dominación dentro de distintos proyectos coloniales europeos (Castro-Gómez, 2000; Lander, 2000) ocurría, simultáneamente, un proceso en Colombia, en donde surgirían en el mapa académico nacional los estudios culturales (Aparicio, 2012). En 2002 se estableció el primer programa de posgrado en estudios culturales: la Especialización en Estudios Culturales de la Facultad de Ciencias Sociales, con la participación del Instituto Pensar, en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Este programa tuvo sus antecedentes en los cursos, seminarios, diplomados y encuentros que se dieron alrededor de los estudios culturales en años preliminares y que contaron con la participación de estudiantes, profesores y académicos de reconocida trayectoria, además de la reestructuración que estaba ocurriendo en el programa de Lenguas Modernas de la Universidad de los Andes, también en Bogotá, para transformarla en un programa de pregrado que incluyera temas centrales de los estudios culturales y relacionados a lo que se denomina el "viro lingüístico" (Lobo, 2012). Así, ocurrió en la capital de Colombia, al igual que en muchas otras partes del mundo (Reynoso, 2000), un momento fulgurante para los estudios culturales.

Dicha materialización del proyecto de Modernidad/Colonialidad, junto con el

momento fulgurante que vivieron los estudios culturales, ambos a finales de la década del noventa y comienzos y mediados del dos mil, son muy importantes puesto que se interconectan espacialmente. Esta relación se da de la siguiente manera: ya que el Instituto Pensar, de la Universidad Javeriana, hizo parte también del convenio interinstitucional que junto con las universidades de Duke y North Carolina en Estados Unidos y la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, conformaron los cuatro nodos donde se desarrollaron gran parte de las actividades y la producción que ha tenido el Grupo MC (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007) entre los años de 1999 y 2006, al igual que jugó un papel central en la estructuración de la Especialización en Estudios Culturales mencionada. Durante ese período se llevaron a cabo siete reuniones en diferentes ciudades de Estados Unidos y Latinoamérica, se publicaron nueve libros en conjunto con aportes de distintos participantes de las reuniones, nació el dossier de la revista *Nepantla* y se sacó un número de la revista *Cultural Studies* (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007), aparte de la gran producción académica individual que tuvo lugar durante dicho momento.

Santiago Castro-Gómez fue una figura clave en ambos acontecimientos, pues hace parte tanto de la institucionalización de los estudios culturales en Colombia, al ser uno de los estructuradores y el primer director de la Especialización en Estudios Culturales, al igual que del proceso de conformación, organización y producción del Grupo MC. Este hecho no puede ser relegado, puesto que él encarna la expectativa del potencial epistemológico que implicaba abrir un programa de estudios culturales en Colombia. En un evento que organizó Edgardo Lander en Caracas, vinculado a la Universidad Central de Venezuela y con apoyo de la CLACSO, los participantes produjeron el libro *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales* (2000) que fue fundamental para el grupo. Allí, Castro-Gómez resalta la perspectiva que se desprendía de la crisis de la modernidad para la filosofía posmoderna y los e*studios culturales* como una gran oportunidad para la emergencia de los imaginarios de las alteridades híbridas, múltiples, ambiguas y contingentes generadas por la modernidad y largamente reprimidas en nombre de la razón y el humanismo (Castro-Gómez, 2000, p. 145).

Así, se abren derroteros para pensar en las intersecciones entre estos dos proyectos académicos que suscitan bastante zozobra e incomodidad entre la *establecida* academia colombiana. Si se siguen las críticas que argumentaba Carlos Reynoso (2000), quien por la misma época escribía un tratado en contra de los estudios culturales, se podría elaborar una imagen en la que se los represente como una vacua importación metropolitana (Lobo, 2012, p. 91) sin mayor trascendencia ni originalidad. La innovadora perspectiva de

análisis que inauguraban los estudios culturales podría haber quedado fragmentada en ese punto y su proyecto de institucionalización en Colombia ha encontrado, desde entonces, inconvenientes que se desprenden de tal perspectiva.

Por una parte, se encuentra el hecho de que el carácter profundamente neoliberal de las universidades privadas (¿y públicas?) colombianas, como la Universidad de los Andes (Lobo, 2012, p. 94) orienta sus propósitos a responder a las necesidades más inmediatas y prácticas del mercado laboral, en donde un pregrado orientado a asuntos puntuales de los estudios culturales –por ejemplo, el programa de Lenguajes y Estudios Socioculturales, en la Universidad de los Andes–[2] no parece conveniente ni mucho menos rentable. El otro asunto relevante consiste en el carácter altamente metropolitano que se le critica a los estudios culturales, en donde el papel de un pensamiento o una perspectiva descolonial latinoamericana, al igual que la participación, en las facultades o departamentos de sociales o humanas, del conocimiento indígena, local o del pensamiento afro, valdría la pena que fuera revisado de manera sistemática[3]. Así, caracterizar y analizar los alcances más recurrentes y críticos que propone el Grupo Modernidad Colonialidad hace parte de una tarea que pretende no sólo encontrar los rastros de un proyecto que generaba bastantes expectativas hace unos 14 años, sino que permite pensar el quehacer de los estudios culturales actualmente y sus perspectivas en cuanto a campos de producción local y geopolíticas de conocimientos, relaciones entre centros y periferias y la labor del intelectual y la academia.

3. BASE TEÓRICA

Esta revisión bibliográfica se enmarca dentro de la perspectiva o pensamiento descolonial, que se diferencia sustancial y epistémicamente de los estudios poscoloniales anglosajones o *Postcolonial Studies* (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 14). En el horizonte de la perspectiva descolonial se establece un proyecto crítico, analítico, auto reflexivo y transdisciplinario, o inclusive anti-disciplinario, que toma un enfoque regional y propone panoramas más amplios de análisis. Algunos de los asuntos que se buscan indagar y

[2] El programa de Lenguajes y Estudios Socioculturales tuvo una vigencia de 1998 a 2015, luego siendo reemplazado por el programa de Lenguas y Cultura que existe hasta la fecha presente.

[3] En el pregrado de Lenguajes y Estudios Socioculturales de la Universidad de los Andes se abordaba un módulo sobre Arturo Escobar en el curso de primer año, transversal todos los programas de la Facultad de Ciencias Sociales, Pensadores y Problemas en América Latina, el cual fue añadido al currículo en 2014. En las maestrías de la Universidad Javeriana y de la Universidad de los Andes existe un seminario en Estudios Culturales y América Latina para cada programa, en donde se tratan asuntos del Grupo Modernidad Colonialidad. La maestría en Estudios Culturales de la Universidad Nacional de Colombia no provee un currículo de materias en su portal web, sin embargo existe una línea de investigación denominada "identidades, alteridades y nuevas etnicidades". Tendría que hacerse una aproximación para saber qué tipo de investigación y producción se lleva a cabo dentro de dicha línea de investigación.

repensar consisten en, por ejemplo, el legado colonial que se perpetró más allá del periodo colonial y que conformó un fenómeno mucho más longevo y complejo que el colonialismo: la colonialidad, problemática que ha dejado huellas muy marcadas hasta nuestros días (Quijano, 2000, p. 201), con el fin de establecer la cultura ilustrada, positivista, moderna/colonial como el paradigma universal. El análisis, de acuerdo a Martín Bernal de la historia europea como la Historia Universal (Lander, 2000, p.14). El desmantelamiento semántico del concepto de "Europa", como secuencia Grecia-Roma-Europa (Dussel, 2000, p. 41), sino como un proceso de diálogo y "contaminación" que se ha construido con profundas influencias de lo árabe, lo musulmán, lo otomano, lo judío, lo asiático, además de lo indo-chino, hasta llegar a lo americano. Igualmente, inherente a las preguntas que evocan un análisis crítico de la modernidad/colonialidad, dentro de la perspectiva descolonial se encuentra el asunto de la intersubjetividad en la producción de conocimiento, la reflexión sobre el nacimiento de las ciencias sociales como fenómeno constitutivo de "los marcos de organización política definidos por el Estado-nación" (Castro-Gómez, 2000, p. 147) y el Proyecto de Reestructuración de las Ciencias Sociales en América Latina con miras a una producción intelectual que se articule y responda a los fenómenos locales y regionales de una forma no eurocentrada.

En el Prólogo del libro El Giro Decolonial, Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (2007) hacen unas observaciones de la dirección que estaba tomando la perspectiva descolonial en ese momento. Dichos autores rescatan el aporte de las perspectivas del sistema-mundo y de los *Postcolonial Studies*, cuyos representantes provenían de distintos lugares, principalmente de la India, el sureste asiático y Latinoamérica, pero se habían asentado en los principales centros globales de producción académica y epistemológica. No obstante, vale la pena reseñar algunos de los aspectos claves para diferenciar y a la vez agrupar las tres perspectivas: el sistema-mundo, los *Postcolonial Studies* y la perspectiva descolonial.

Dentro del análisis del sistema-mundo, en términos generales, se promulga una lectura crítica del capitalismo, en donde las relaciones económicas globales provienen de épocas anteriores a los períodos del auge industrial. Por ejemplo, la invasión de América como un hecho central en la estructuración de economías imperiales globales y que, finalmente, devienen en un proceso de inserción global a un sistema económico subyugante que limita la autonomía y legitimidad de los Estados-nación subordinados, desplazándolos como la unidad de análisis principal y colocando, en vez de estos, el análisis de manera más

compleja sobre el sistema-mundo como un todo en donde las relaciones políticas, económicas y sociales son aún más complejas.

Por una parte, Castro-Gómez y Grosfoguel (2007, p. 14) advierten acerca del carácter problemático que representa la geocultura en el sentido wallersteiniano. Es decir, que la división entre poblaciones blancas y no blancas es un conflicto "*constitutivo* de la acumulación de capital a escala mundial desde el siglo XVI" (p 14) y no derivado de las estructuras económicas como lo propone Wallerstein (2006), en una interpretación marxista de la infraestructura y superestructura. Por lo tanto, los autores admiten que dicha dicotomía, esencial para entender la división internacional de trabajo en el contexto capitalista, no puede ser comprendida únicamente dentro de un paradigma marxista.

Por otra parte, Castro-Gómez y Grosfoguel (2007) también señalan algunos puntos en común entre la perspectiva del sistema-mundo y "la literatura anglosajona postcolonial" (p.14). Estos temas compartidos entre las dos perspectivas consisten en: "la crítica al desarrollismo, a las formas eurocéntricas de conocimiento, a la desigualdad entre los géneros, a las jerarquías raciales y a los procesos culturales/ideológicos que favorecen la subordinación de la periferia en el sistema-mundo capitalista" (p. 14). Ambos enfoques también comparten la crítica que, según Castro-Gómez y Grosfoguel (2007, p. 14), Leopoldo Zea definió como el impulso de las élites criollas periféricas por imitar los modelos desarrollistas de los centros modernos coloniales, mientras reproducían sus formas de colonialismo.

Los intelectuales latinoamericanos concluyen que "la negación de la simultaneidad epistémica, esto es, la coexistencia en el tiempo y el espacio de diferentes formas de producir conocimientos crea un doble mecanismo ideológico" (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 15). Por un lado, la disociación de los espacios geográficos enmarcados dentro de una misma temporalidad histórica y temporal y, por el otro, la construcción de Europa/Euro-norteamérica como sociedades que viven en una etapa más avanzada de la historia del resto del mundo, a donde se debe apuntar para llegar a ser. Castro-Gómez y Grosfoguel (2007) admiten la importancia de la crítica radical que proporciona el enfoque del sistema-mundo a las ideologías desarrollistas provenientes de la razón europea y la crítica radical que hace la crítica poscolonial a los discursos del orientalismo y el occidentalismo, que ha postulado a los otros afuera de éstas últimas categorías como inferiores (p. 15). No obstante, proponen un modelo de análisis que deje atrás algunos paradigmas que impiden avanzar en el análisis y la crítica de ciertos aspectos.

Al punto que se quiere llegar con esta diferenciación entre la perspectiva descolonial con los enfoques señalados es al dualismo cartesiano implícito que existe en estos dos últimos. El objetivo de la perspectiva descolonial es superar las dicotomías y antípodas que han germinado en el enfoque sistema-mundo y los estudios poscoloniales a partir de las semillas de la razón cartesiana occidental. Dicha dicotomía es el dualismo cartesiano entre mente y cuerpo que se ha heredado en las formas de conocimiento que separa las ciencias naturales y las ciencias sociales (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 15). El propósito es superar la disociación entre opuestos como la economía y la cultura que impiden relacionar, transdisciplinar e indisciplinar los campos de análisis, reflexión y conocimiento, atrapados históricamente en las barreras impuestas por el largo proceso de *colonialidad del saber*.

La nombrada disociación entre opuestos sigue presente en la teoría poscolonial anglosajona –*Postcolonial Studies*– y en el análisis del sistema-mundo, por lo que es significativo diferenciar la perspectiva descolonial de los otros dos enfoques. De acuerdo a Castro-Gómez y Grosfoguel (2007) aunque dentro de los estudios poscoloniales se reconozca "la importancia de la división internacional del trabajo como constitutiva del sistema capitalista" (p. 15) y en el análisis del sistema-mundo se reconoce "la importancia de los discursos racistas sexistas como inherentes al capitalismo histórico" (p. 15), los autores alegan que en las dos perspectivas está presente la división "entre las oposiciones binarias discurso/economía y sujeto/estructura" (p. 15). De igual modo, los autores hacen evidente las diferencias disciplinares de las que provienen los y las intelectuales que se inclinan por cada uno de los enfoques, con el fin de ilustrar el dualismo y las oposiciones binarias desde una perspectiva institucional. De un lado, intelectuales que se ubican en la teoría poscolonial anglosajona (*Postcolonial Studies*) proceden del campo de las humanidades, principalmente, como la literatura, la historia y la filosofía. Del otro lado, los y las intelectuales procedentes de las ciencias sociales, como la sociología, antropología, ciencia política y economía, conforman en mayor número el análisis del sistema-mundo, en donde se encuentran en menor medida historiadores, filósofos y literatos y viceversa.

Lo que produce esta división binaria entre las áreas del conocimiento es una cierta imposibilidad por abordar los problemas desde un análisis más integral y holístico. Para Castro-Gómez y Grosfoguel (2007), "los teóricos del sistema-mundo tienen dificultades para pensar la cultura, mientras que los teóricos anglosajones de la poscolonialidad tienen dificultades para conceptuar los procesos político-económicos" (p. 16). Así, los análisis de la economía política corren el riesgo de simplificar la relevancia del lenguaje y los discursos, al

mismo tiempo que el análisis cultural peligra por quedarse sin una dimensión de la economía política que sea contundente y de peso para sus acepciones.

En la perspectiva descolonial que porta el Grupo MC "la cultura está siempre entrelazada (y no derivada de) los procesos de la economía-política" (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 16). Así, el Grupo MC hace un aporte para desligar su aparato teórico del lenguaje de las ciencias sociales decimonónicas que reproducían una visión binaria de los fenómenos sociales. El Grupo MC, cuando se apropia de una perspectiva descolonial, es consciente de la relación adyacente entre el capitalismo y la cultura, al igual que los estudios culturales y poscoloniales. Sin embargo, a diferencia de los estudios poscoloniales, hace un esfuerzo por entender los problemas culturales, económicos y políticos por fuera de las fragmentarias tradiciones epistemológicas y apuesta por una forma de conocimiento no binaria. Como lo diría Mignolo (2007) "el pensamiento decolonial se diferencia de la teoría poscolonial o de los estudios poscoloniales en que la genealogía de estos se localiza en el posestructuralismo francés más que en la densa historia del pensamiento planetario decolonial" (p. 27).

4 ANTECEDENTES TEÓRICOS DEL GRUPO MC Y LA PERSPECTIVA DESCOLONIAL

Arturo Escobar (2003) sitúa al Grupo MC como el heredero de una tradición teórica latinoamericana caracterizada por la originalidad de sus contribuciones al pensamiento social global. Las contribuciones latinoamericanas que destaca Escobar son: la teoría de la dependencia, la teología de la liberación y la investigación acción participativa (2003, p. 53). La importancia de estas perspectivas radica, contradictoriamente, en el hecho de que hayan sido tenidas en cuenta por parte de la academia metropolitana. Igualmente, se considera el hecho de que las apreciaciones de estas perspectivas hayan resonado con eco dentro del espacio académico del norte global y, naturalmente, fueran incluidas dentro del corpus teórico global que incluye las contribuciones más celebradas dentro de las ciencias sociales. Vale la pena resaltar que dicho corpus es dominado por unas claras dinámicas políticas, económicas y geográficas que se evidencian en la posibilidad de ubicarlas espacialmente.

En complemento a esto, Francisco López Segrera (2000), en un ensayo que buscar "aportar algunas reflexiones acerca de las posibilidades de desarrollo de ciencias sociales no eurocéntricas" (p. 177) en la región de Latinoamérica y el Caribe, enumera una serie de contribuciones que pudieran incluirse a un corpus regional. 26 aportes son los que

registra el autor dentro de las que incluye a las tres ya mencionadas por Escobar (2003), y agrega 23 más como por ejemplo:

> *Los estudios tipológicos de Darcy Ribeiro sobre los pueblos y el proceso civilizatorio; la sociología del hambre de Josué de Castro; (...); (...); la pedagogía del oprimido de Paulo Freire; las visiones críticas de la globalización de Octavio Ianni, Celso Furtado, Héctor Silva Michelena, y Armando Córdova, entre otros autores; la crítica a la visión fundamentalista de la integración globalizada de Aldo Ferrer; (...), la teoría de la marginalidad de Gino Germani, enriquecida desde un ángulo diverso por aportes como el de José Nun; (...) los valiosos aportes de Pablo Casanova González sobre el México marginal, y su crítica al "nuevo orden mundial", su visión de una democracia no excluyente, su preocupación por reconceptualizar nuestras ciencias sociales; la valiosa reflexión en torno a la sociología latinoamericana de autores como Heinz Sonntag y Roberto Briceño; la lúcida crítica de Edgardo Lander al eurocentrismo y el colonialismo en el pensamiento latinoamericano; la tesis de colonialidad del poder de Aníbal Quijano; la crítica no-eurocéntrica del eurocentrismo de Enrique Dussel, que lleva implícita una valiosa crítica a la construcción de la modernidad en el pensamiento postmoderno; el concepto de "border thinking" de Walter Mignolo; el análisis cultural de la biodiversidad (desde el capitalismo y desde la autonomía cultural) de Arturo Escobar; la visión de Enrique Leff sobre las disyuntivas del desarrollo sustentable; la crítica al neoliberalismo latinoamericano de Atilio Borón; la tesis de una civilización geocultural alternativa emergente de Xabier Gorostiaga; la tesis sobre transición, democracia, ciudadanía y Estado de Carlos Vilas, Emir Sader, Francisco Delich, Manuel Antonio Garretón, Norbert Lechner, y Guillermo O'Donnell, entre otros; la tesis de las culturas híbridas de Néstor García Canclini; los estudios de la economía de la coca de Hermes Tovar Pinzón; la sociología del Caribe de Gerard Pierre Charles y Suzy Castor; los aportes teóricos sobre la economía de plantaciones del Caribe de Ramiro Guerra, Eric Williams, Manuel Moreno Fraginals y Juan Pérez de la Riva; y la sociología centroamericana de Edelberto Torres Rivas.*

(López Segrera, 2000, p. 186-187)

Por su parte, Edgardo Lander (2000) también menciona y sintetiza tres aportes recientes como alternativas al pensamiento eurocéntrico-colonial en América Latina, cuya contribución teórica y práctica a las aspiraciones del Grupo MC es bastante considerable. Para Lander, quien escribía en un momento clave para la concepción del Grupo MC, había tres obras fundamentales que indagaban directamente el despliegue tradicional eurocéntrico de las ciencias sociales en un ámbito geográfico general, pero que eran de vital importancia para el contexto de América Latina y el Caribe. Lander, en primer término, cita a Trouillot, pues "en *Silencing the Past. Power and the Production of History* analiza el carácter colonial de la historiografía occidental mediante el estudio de las formas como ha sido narrada la revolución haitiana" (p. 28-29). De acuerdo a Lander, la tesis de Trouillot aborda un punto esencial que ha sido la ausencia de ciertos eventos trascendentales dentro de la historiografía universal, ya que si se entiende la Revolución Haitiana como la primera revolución no burguesa de la historia y ésta, a su vez, no aparece dentro de la narrativa histórica universal, se debe a que existen rígidos mecanismos políticos e ideológicos que impiden reivindicar estos acontecimientos como verdaderos eventos históricos.

A continuación, Lander (2000) cita a Arturo Escobar, pues "en *Encountering Development. The Making and Unmaking of the Third World*, Arturo Escobar se propone contribuir a la construcción de un marco de referencia para la crítica cultural de la economía como una estructura fundacional de la modernidad" (p. 30). Este análisis del discurso del desarrollo que aparece después de la Segunda Guerra Mundial, bajo extremas condiciones asimétricas de poder, se puede concebir como una crítica atenta a la elaboración de la categoría de Tercer Mundo que es inventada, por entidades específicas, con el fin de ejercer un control sobre éste (Lander, 2000, p. 30).

El tercer autor que cita Lander (2000) como aporte fundamental a la crítica del pensamiento social eurocéntrico es a Fernando Coronil, puesto que su

> *Apreciación del papel de la naturaleza en la creación de riqueza ofrece una visión diferente del capitalismo. La inclusión de la naturaleza (y de los agentes asociados con ésta) debería reemplazar a la relación capital/trabajo de la centralidad osificada que ha ocupado en la teoría marxista. Junto con la tierra, la relación capital/trabajo puede ser vista dentro de un proceso más amplio de*

> *mercantilización, cuyas formas específicas y efectos deben ser demostrados concretamente en cada instancia. A la luz de esta visión más comprensiva del capitalismo, sería difícil reducir su desarrollo a una dialéctica capital/trabajo que se origina en los centros avanzados y se expande a la periferia atrasada. Por el contrario, la división internacional del trabajo podría ser reconocida más adecuadamente como simultáneamente una división internacional de naciones y de naturaleza (y de otras unidades geopolíticas, tales como el primer y el tercer mundo, que reflejan las cambiantes condiciones internacionales). Al incluir a los agentes que en todo el mundo están implicados en la creación del capitalismo, esta perspectiva hace posible vislumbrar una concepción global, no eurocéntrica de su desarrollo. (Lander, 2000, p. 37)*

El análisis de Coronil interesa a Lander (2000) pues caracteriza "algunas de las separaciones fundantes de los saberes sociales modernos" (p. 34), como la separaciones judeocristianas entre Dios y hombre y, en especial, la separación entre el hombre y la naturaleza (p. 14). Estas dualidades fueron fundamentales gracias a que justificaban el empeño de la dominación de la naturaleza, por medio de a técnica y la razón, y que es en gran medida la base para la implementación y consiguiente naturalización de una facción importante que conforma la sociedad liberal de mercado y su forma avanzada: el neoliberalismo.

Un análisis cardinal que se encuentra a su vez como antecedente teórico, tanto como fundamento conceptual, es el que realiza Walter Mignolo (2007) en su artículo "El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto". La tesis que propone Mignolo (2007) como punto de partida consiste en:

> *El pensamiento decolonial emergió en la fundación misma de la modernidad/colonialidad como su contrapartida. Y eso ocurrió en las Américas, en el pensamiento indígena y en el pensamiento afro-caribeño; continuó luego en Asia y África, no relacionados con el pensamiento decolonial en las Américas, pero sí como contrapartida de la reorganización de la modernidad/colonialidad del imperio británico y el colonialismo francés. (Mignolo, 2007, p. 27)*

Agrega el semiólogo argentino que "las primeras manifestaciones de giro decolonial las encontramos en los virreinatos hispánicos, en los Anáhuac y Tawantinsuyu en el siglo XVI y comienzos del XVII, pero las encontramos también entre las colonias inglesas y en la metrópoli durante el siglo XVIII" (Mignolo, 2007, p. 28). Mignolo (2007) sitúa los orígenes del pensamiento descolonial en las obras de Waman Poma de Ayala, quien enviara el documento *Nueva crónica y buen gobierno* en 1616 al Rey Felipe III, y Otabbah Cugoano, "un esclavo liberto que pudo publicar en Londres, en 1787 (diez años después de la publicación *The Wealth of Nations*, de Adam Smith)" (Mignolo, 2007, p. 28) el tratado *Thoughts and Sentiments on the Evil of Slavery.* Los dos textos se erigen como tratados políticos elementales para comprender el paradigma de conocimiento otro, la episteme ocultada por la razón blanca, colonial, masculina, racional, europea y hegemónica. En ellos se evidencia que el conocimiento originario, caribeño, nativo o esclavo que ha sido relegado a la subalternidad y sujeto a mecanismos de ocultamiento y subordinación política e histórica. De acuerdo al autor, estos documentos "gracias a la colonialidad del saber, no llegaron a compartir la mesa de discusiones con la teoría política hegemónica de Maquiavelo, Hobbes o Locke" (Mignolo, 2007, p. 28).

Finalmente, y más importante aún, es imprescindible deslizar las líneas genealógicas del pensamiento o perspectiva descolonial hacia estos pensadores, pues, de no hacerlo, se estaría incurriendo en el hecho de concebir el pensamiento descolonial como "nada más que un gesto cuya lógica dependería de algunas de las varias genealogías fundadas en Grecia y Roma, reinscrita en la modernidad imperial europea en alguna de las lenguas imperiales (...)" (Mignolo, 2007, p. 28).

Mignolo (2007) habla de un desprendimiento y apertura de pensamiento hacia formas de vida otras (p. 29). Este desprendimiento y esta abertura a su vez son un camino de libertad hacia economías y teorías políticas otras (Mignolo, 2007, p. 29), al igual que abonan el campo para pensar en historias, culturas y conocimientos otros. Aunque puede guardar sus relaciones con la teoría crítica poscolonial, la Escuela de Frankfurt y el aparato posestructuralista, la perspectiva descolonial se desprende de éstas y edifica horizontes críticos e independientes. Waman Poma y Cugoano representan y materializan este giro y perspectiva. Ambos son la cara de las vejaciones que sufrieron millones de personas a causa de la invasión e imposición europea. Ellos se establecen, de acuerdo a Mignolo (2007), como los fundadores del pensamiento descolonial, en comparación a los pensadores griegos como fundadores de la epistemología europea, blanca y masculina.

Lo que proponen Poma y Cugoano se considera como los fundamentos históricos descoloniales. Ellos, a partir de sus documentos, "crean las condiciones para una narrativa epistémica que remite la genealogía global del pensamiento decolonial" (Mignolo, 2007, p.34). Esta genealogía difiere sustancialmente de la teoría poscolonial y sitúa sus secuelas más contemporáneas en pensadores como Gandhi, Dubois, Mariátegui, Amílcar Cabral, Aimé Césaire, Frantz Fanon, Fausto Reinaga, Vine Deloria Jr., Rigoberta Menchú, Gloria Anzaldúa, el Movimiento Sin Tierras (MST) en Brasil, los zapatistas en Chiapas, movimientos sociales de indígenas y afros en Bolivia, Ecuador y Colombia, el Foro Social Mundial y el Foro Social de las Américas (Mignolo, 2007, p. 34). La perspectiva descolonial no se remite únicamente a individuos, sino que su agudeza consiste en que se incorpora a movimientos sociales (Mignolo, 2007, p. 34) y, por lo tanto, son tan relevantes las organizaciones locales y regionales como los movimientos y foros sociales.

Los textos citados de Waman Poma de Ayala y Ottobah Cugoano levantan una serie de problemas a los que pena hacer referencia a partir de fuentes secundarias. En cuanto a las tesis que se propusieron en los documentos elaborados por los primeros edificadores de la perspectiva descolonial, se encuentran los siguientes puntos a tratar. En primer lugar, Waman Poma, quien se traza como objetivo un asunto que está explícito en el título de su obra *Nueva crónica y buen gobierno*. Poma argumenta que es necesaria una nueva crónica, puesto que las crónicas ibéricas tienen sus límites epistémicos, pues son concebidas desde un lugar epistémico greco-latino-cristiano (Mignolo, 2007, p. 35). Waman Poma proponía "un 'nuevo gobierno' basado en una 'nueva crónica'" (Mignolo, 2007, p. 36) a través de un "relato histórico con un constante y coherente crítica ético-política" (Mignolo, 2007, p. 36). Al no existir crítica secular ilustrada para el momento en que escribía Waman Poma de Ayala, él utiliza el paradigma cristiano para enfrentarse epistémicamente a la concepción que se tenía en la Colonia de los grupos humanos. Mignolo (2007) justifica esto poniendo como analogía el caso de la democracia y los zapatistas que conciben dicha categoría como una plataformas preexistente, que no pertenece a nadie, pero fue útil para articular sus demandas en contra del gobierno mexicano (p. 37). Después de esta crítica, Waman Poma de Ayala propone "un 'buen gobierno' de los virtuosos, sin importar si estos son indios, castellanos, moros o negros. El 'buen gobierno', en otras palabras, se propone como el lugar de la convivencia y la superación de la diferencia colonial" (Mignolo, 2007, p. 37).

En segundo lugar, Ottobah Cugoano, plantea otra crítica tomando como marco de referencia al cristianismo, pues la Ilustración, de la que él hacía parte, apenas comenzaba a

florecer en esa época. Siguiendo a Mignolo (2007), el argumento de Cugoano lo elaboró tomando "los principios morales de la cristiandad al pie de la letra y, a partir de ahí, proyectó su crítica a los excesos de los cristianos ingleses en la brutal explotación de los esclavos" (Mignolo, 2007, p. 40). Su crítica, "en solidaridad con la población indígena bajo la colonización castellana, que Cugoano asemeja a la deshumanización de ambos, del indio y del negro" (Mignolo, 2007, p. 40), es "una crítica directa, brutal, de un negro esclavo a los comerciantes y explotadores blancos" (Mignolo, 2007, p. 40).

En los dos casos, Waman Poma y Ottobah Cugoano, la crítica se despliega desde un nivel distinto a la crítica que hace Bartolomé de las Casas a los españoles en defensa del indio, por el maltrato que estaban recibiendo los pueblos mesoamericanos durante la Colonia. Así, Waman Poma y Cugoano no se enfrascan dentro del paradigma, sino que se ubican al otro lado, por fuera, en el lugar que ocupa el giro descolonial (Mignolo, 2007, p. 40). Estas dos situaciones son comparables a lo que se explicó en cuanto a las diferencias de la teoría poscolonial y la perspectiva poscolonial en la base teórica. Por un lado, está la crítica que se desprende del paradigma convencional, al interior del sistema mismo, y que da pie a tratar el asunto, pero que conserva rasgos que reproducen jerarquías. Por el otro lado se encuentra la crítica desde el antiparadigma, que no se puede aprehender dentro de una forma tradicional de conocimiento y que representa la voz de las epistemologías relegadas.

5. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DEL GRUPO MC

El Grupo MC reclama que no puede ser concebido como un colectivo que intenta producir conocimiento específico tradicional. Sus maneras de elaborar discusiones, críticas y acciones no se pueden entender bajo la norma que ha dominado el sistema científico y académico, en general, y las ciencias sociales y humanidades en particular. El Grupo MC se solía reunir en distintos lugares del continente, con el fin de pensar y producir conjuntamente, y de discutir los aportes individuales de sus miembros. Sin embargo, existiría un rasgo clave en relación a la reafirmación del grupo como una entidad académica no convencional. Distintos miembros del Grupo MC no solamente llevan agitadas y exitosas carreras académicas, sino que se involucran en proyectos "académico-políticos" (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 12). Es decir, son "intelectuales militantes o comprometidos con movimientos sociales, políticos (...)" (Pachón, 2008, p. 10). Entonces, este factor indicaría la materialización, en cierto grado, del proyecto del Grupo MC, pues "algunos de sus miembros se encuentran vinculados con el movimiento indígena en Bolivia y Ecuador, y otros organizan

actividades en el marco del Foro Social Mundial" (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 12). Adicionalmente, otros miembros, como el caso concreto de Arturo Escobar (2012, p. 26-27) han estado vinculados por mucho tiempo a movimientos sociales, tales como el Proceso de Comunidades Negras (PCN) que ha liderado las luchas afrocolombianas en el pacífico durante varias décadas.

De acuerdo a Escobar (2012), "realmente el grupo principal consta de tres grandes figuras como todos sabemos: Dussel, Mignolo y Quijano, y hay otras figuras que se han posicionado como importantes como Lander, Catherine Walsh, María Lugones, Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel" (p. 7). Pachón (2008) localiza a Arturo Escobar entre los "integrantes de segundo nivel, que, igualmente, han realizado aportes relevantes, pero su trabajo ya acoge los aportes del anterior trío" (p. 11), además del "sociólogo venezolano Edgardo Lander, el antropólogo venezolano Fernando Coronil, [y] el filósofo puertorriqueño Nelson Maldonado Torres" (p. 11). Todos ellos, con la colaboración y presencia de otros intelectuales francófonos, caribeños y angloparlantes -como Wallerstein, quien ha hecho aportes teóricos fundamentales-, se han reunido en distintos lugares para discutir ideas, formular programas, hacer seminarios y compilar libros, entre otras. Vale la pena recalcar que la idea siempre ha sido que se constituya un grupo transdiciplinario, para que así, desde diferentes perspectivas, se puedan romper los muros que secundan el conocimiento social y humanístico para mantenerlo en un aposento tradicional y cómodo. Algunos de estos intelectuales se encuentran en universidades latinoamericanas, otros en la metrópoli, la mayoría en distintos programas o facultades de sociales, humanidades, artes y letras. Y, finalmente, vale la pena agregar otros académicos que han tratado temas concernientes a la modernidad/colonialidad: Carolina Santamaría, Juan Camilo Cajigas-Rotundo, Fernando Garcés, Mónica Espinoza y Juliana Flórez-Flórez (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 12).

Un fundamento conceptual del aparato teórico del Grupo es la apreciación que hace Mignolo (2000) acerca de la modernidad y la colonialidad: "fue la imagen hegemónica sustentada en la colonialidad del poder que hace difícil pensar que no puede haber modernidad sin colonialidad; que la colonialidad es constitutiva de la modernidad, y no derivativa" (p. 61). Mignolo continúa hablando de los factores que configuraron la colonialidad durante la época histórica del colonialismo. Es decir, habla de los hechos y las características que no solamente dominaron de manera física y material a los pueblos amerindios y africanos esclavizados traídos al continente, sino de los mecanismos ideológicos que se introdujeron e implantaron en las instituciones, en el pensamiento y el conocimiento, y

se sobrepusieron a una forma de concebir el mundo, a una cosmovisión.

Es así como el grupo se denomina, en principio, Modernidad/Colonialidad. Unidas por una barra que impide pensar a la una sin la otra. La colonialidad es *constitutiva* de la modernidad y, entendido así por parte de los miembros del Grupo MC, el objetivo es hacer una crítica al eurocentrismo y a la subordinación de culturas y epistemologías externas al círculo europeo (Pachón, 2008, p. 12). Sin embargo, la barra también separa los dos términos, pues históricamente se ha ocultado la parte indeseable que acarrea consigo la modernidad. En una comprensión tradicional de dicho concepto, se niega y se esconde el carácter colonial de la modernidad, mediante la estrategia de mostrar a la modernidad como un concepto aséptico y neutro, dentro del cual se incluye la finalidad de llevar hacia el progreso, el avance y el *desarrollo*, a sociedades y culturas bárbaras, salvajes y atrasadas. Sin embargo, es poco común que se reflexione acerca del proceso que implicaría una modernización tal. Para seguir adelante con el proyecto de la modernidad es necesario acallar las voces y conocimientos locales, *diferentes*.

El concepto de colonialidad, concebido en principio por Aníbal Quijano (2007), se puede sintetizar, entonces, de la siguiente manera:

> *La colonialidad es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder, y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas, de la existencia cotidiana y a escala social. Se origina y mundializa a partir de América. Con la constitución de América (Latina), en el mismo momento y en el mismo movimiento histórico, el emergente poder capitalista se hace mundial, sus centros hegemónicos se localizan en las zonas situadas sobre el atlántico -que después se identificarán como Europa-, y como ejes centrales de su nuevo patrón de dominación se establecen también la colonialidad y la modernidad. En otras palabras: con América (Latina) el capitalismo se hace mundial, eurocentrado y la colonialidad y la modernidad se instalan, hasta hoy, como ejes constitutivos de este específico patrón de poder. (Quijano, 2007, p. 93-94)*

A esto se agrega una interpretación que hace Santiago Castro-Gómez acerca de

la "colonialidad del poder", concepto fundamental ideado por Quijano del cual considera:

> *El concepto de la "colonialidad del poder" amplía y corrige el concepto foucaultiano de "poder disciplinario", al mostrar que los dispositivos panópticos erigidos por el Estado moderno se inscriben en una estructura más amplia, de carácter mundial, configurada por la relación colonial entre centros y periferias a raíz de la expansión europea. Desde este punto de vista podemos decir lo siguiente: la modernidad es un "proyecto" en la medida en que sus dispositivos disciplinarios quedan anclados a una doble gubernamentabilidad jurídica. De un lado, la ejercida hacia adentro por los estados nacionales, en su intento por crear identidades homogéneas mediante políticas de subjetivación; de otro lado, la gubernamentabilidad ejercida hacia afuera por las potencias hegemónicas del sistema-mundo moderno/colonial, en su intento de asegurar el flujo de materias primas desde la periferia hacia el centro. Ambos procesos forman parte de una sola dinámica estructural. (Castro-Gómez, 2012, p. 153)*

En ambos casos, en la concepción de Quijano (2007), como en la interpretación de Castro-Gómez (2012), existe una estipulación en cuanto al carácter material que implica la noción de colonialidad. Por un lado, se argumenta que con la constitución de América Latina se instauró el capitalismo global. Por el otro lado, se sustenta la necesidad de una periferia que alimente de materias primas a un centro autodeterminado. Es importante resaltar que esta relación se da gracias a mecanismos de poder impositivos, los cuales buscan ejercer un dominio tanto material como subjetivo de los territorios y los cuerpos colonizados. Este proceso se proyecta hasta nuestro días, mutando y reconfigurándose desde la época de las colonias, entendidas éstas desde una perspectiva clásica y tradicional.

No es el objetivo de este documento intentar retomar todos los antecedentes y conceptos teóricos que influencian y preceden al Grupo MC y la perspectiva descolonial, pues la amplitud de estos requeriría un estudio más sistemático y amplio. Por fuera de este artículo se quedan sin tratar aspectos fundamentales como los estudios subalternos, la filosofía africana, algunos elementos cruciales de lo que se denomina el posestructuralismo y en relación a nombres propios, pensadores como Áime Césaire, quien propone la idea de un universalismo concreto en oposición a los universalismos abstractos del pensamiento

occidental (Grosfoguel, 2007, p. 71-72) y Frantz Fanon, quien provee un aporte central desde la perspectiva del Caribe. No obstante, lo que se ha pretendido es contextualizar algunos aspectos y conceptos clave que están más sujetos a la naturaleza de este documento.

Así, la diferencia teórica que establece el Grupo MC para diferenciarse de otras corrientes teóricas de la modernidad es la siguiente:

> *1) Un énfasis en localizar los orígenes de la modernidad en la Conquista de América y el control del Atlántico después de 1492, antes que los más comúnmente aceptados mojones como la Ilustración o el final del siglo XVIII; 2) una atención persistente al colonialismo y al desarrollo del sistema mundial capitalista como constitutivos de la modernidad; esto incluye una determinación de no pasar por alto la economía y sus concomitantes formas de explotación; 3) en consecuencia, la adopción de una perspectiva planetaria en la explicación de la modernidad, en lugar de una visión de la modernidad como un fenómeno intra-europeo; 4) la identificación de la dominación de otros afuera del centro europeo como una necesaria dimensión de la modernidad, con la concomitante subalternización del conocimiento y las culturas de esos otros grupos; 5) una concepción del eurocentrismo como la forma de conocimiento de la modernidad/colonialidad -una representación hegemónica y modo de conocimiento que arguye su propia universalidad y que descansa en <<una confusión entre una universalidad abstracta y el mundo concreto derivado de la posición europea como centro>> (Dussel, 2000: 471; Quijano, 2000: 549). (Escobar, 2003, p. 60)*

Estos postulados implican una serie de replanteamientos que son a lo que les apuesta la perspectiva descolonial y, en especial, el Grupo MC. Por un lado, recae con gran peso un análisis sobre las formas de reproducción de la vida, en un mundo dominado por asimétricas relaciones de poder que se desprenden de una forma particular de determinar la acumulación y la explotación a escala global. La modernidad, entonces, no es un fenómeno simultáneo y horizontal en todo el planeta, sino que ocurre al interior de una Europa particular y se impone en el exterior gracias al fenómeno del colonialismo. Finalmente, el conocimiento, las prácticas y las intersubjetividades son producidas desde los distintos centros del sistema-mundo moderno capitalista (Grupo de Estudios Sobre Colonialidad, 2010).

Escobar (2003, p. 60-61) igualmente propone una serie de nociones alternativas emergentes a partir de dichos postulados. Se descentra el origen de la modernidad de la secuencia lineal Grecia, Roma y la Europa moderna, como es comúnmente alegado. Se perciben por lo menos dos modernidades, la primera que está directamente relacionada a la invasión de América, que posibilita su subsiguiente versión en la época de la Ilustración y la Revolución Industrial. Se indaga críticamente el hecho de que Europa moderna haya convertido en periferias a otras partes del mundo y se haya puesto a sí misma como una civilización superior que impone por diferentes medios, inclusive coercitivamente, su razón, progreso y desarrollo.

6. CONCLUSIONES

Como se mostró en la base contextual, a comienzos de la década del 2000 los estudios culturales y la perspectiva descolonial, de la mano del Grupo MC, tuvieron varios puntos en común. Los estudios culturales mostraban un interés por criticar y trascender las fronteras disciplinarias que se habían impuesto entre las ciencias sociales y las humanidades, de manera similar a algunos pensadores de la perspectiva descolonial que las habían percibido como centrales y cómplices del proyecto de la modernidad/colonialidad. Sin embargo, si bien se encontraron temáticas del Grupo MC en algunos cursos de pregrado y posgrado en los últimos años, analizar la relación actual entre estas dos requeriría un análisis más sistemático en cuanto los programas curriculares, las publicaciones y la producción, en los programas de pregrado, posgrado y los centros de investigación en estudios culturales en Colombia. Aparentemente, el pensamiento descolonial global como lo llama Mignolo, desde sus orígenes, no se ha hecho evidente en su conjunto en el corpus de los distintos departamentos en la academia.

Una pista la podría entregar una rápida búsqueda de bibliografía por algunas bibliotecas públicas o universitarias en Bogotá. Aunque existen algunos cursos, más a nivel de posgrado que de pregrado, en los departamentos de estudios culturales de la ciudad, parece además más difícil encontrar bibliografía reciente, tanto de la producción individual, como colectiva, del Grupo MC y la perspectiva descolonial. Si se hiciera un estudio sistemático del tema, es posible que se perciba una desactualización en cuanto a la producción bibliográfica referente a los temas señalados, lo cual se podría explicar de tres maneras: existe un cierto desdén administrativo con respecto al tema para adquirir títulos y publicaciones, la aproximación al tema estaría a cargo de manos privadas con los medios materiales capaces

adquirir las publicaciones -lo cual estaría corroborando la afirmación de María Lugones (2014) con respecto a que el Grupo MC no es un movimiento popular, sino intelectual- y, finalmente, se podría pensar que dichos temas se están aproximando desde una perspectiva no tan actualizada, en donde los clásicos de la primera etapa de producción del Grupo MC, que son más accesibles materialmente hablando, son los que se replican. De esta manera, con respecto a publicaciones más recientes, se estaría dejando a los y las investigadoras y estudiantes a su suerte de lo que logren conseguir deliberadamente por internet o en bases de datos, en donde aparecen artículos y aproximaciones de caso, pero donde los manuscritos amplios de referencia escasean.

Por otro lado, los antecedentes del Grupo MC y la perspectiva descolonial se particularizan para aclarar asuntos contextuales. Si bien el Grupo MC puede ser concebido como heredero del pensamiento académico latinoamericano, también se lo puede encuadrar dentro de una larga historia descolonial. A ésta historia pertenece la perspectiva descolonial, dentro de la cual se encuentra el Grupo MC, pero que también incluye muchas más formas de pensamiento y acción. Dos antecedentes clave se muestran con la revolución haitiana y los movimientos zapatistas, y dos formas de accionar en la región se evidencian en Bolivia y Ecuador.

En cuanto a la materialización del pensamiento descolonial en las luchas sociales concretas, es posible vislumbrar su carácter y persistencia de las luchas sociales. Otros ejemplos desde la academia los proporcionan investigadores que se han ejemplificado y hacen análisis articulando miradas descoloniales. Finalmente, se deja en el aire lo que pueda llegar a suceder en el contexto del Caribe, región que ha sido clave para el desarrollo de muchas ideas y que cuenta con varios antecedentes de la perspectiva descolonial.

7. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO, J. (2012). Cultural Studies in Colombia: Cartographies of encounters, tensions and conjunctures. *Cultural Studies, 1,* 1-23.

CASTRO-GÓMEZ, S. & GROSFOGUEL, R. (Eds.). (2007) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, IESCO-UC.

_____., SCHIWY, F., e WALSH, C. (Eds.). (2002). *Indisciplinar las ciencias*

sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Quito: Abya-Yala Editores.

_____. (Ed.). (2000). *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*. Bogotá: Instituto Pensar.

_____., GUARDIOLA-RIVERA, O. e MILLÁN DE BENAVIDES, C. (Eds.). (1999). *Pensar (en) los intersticios. Teoría y práctica de la crítica poscolonial*. Bogotá: Instituto Pensar.

DUSSEL, E. Europa, modernidad y eurocentrismo. In LANDER, E. (Ed.). *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 24-33.

ESCOBAR, A. (2003). Mundos y conocimientos de otro modo. El programa de investigación modernidad/colonialidad latinoamericano. *Tabula Rasa, 1,* 51-86.

GROSFOGUEL, R. (2007). Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno decolonial de Aimé Césaire hasta los zapatistas. En S. Castro-Gómez y R. Grosfoguel (eds.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 25-46). Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidad Central, I instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, IESCO-UC.

GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. (2010). Modernidad / Colonialidad / Descolonialidad: Aclaraciones y réplicas desde un proyecto epistémico y político. *Pacarina del Sur, 4*. Recuperado agosto 13, 2014, de http://www.pacarinadelsur.com/home/abordajes-y-contiendas/108-modernidad%E2%80%94colonialidad—descolonialidad-aclaraciones-y-replicas-%20%20%20desde-un-proyecto-epistemico-en-el-horizonte-del-bicentenari**o**

LANDER, E. (Ed.). (2000). *La colonialidad del saber. Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.

LOBO, G. (2012). Institutionalizing Cultural Studies in Colombia; Or, an Argument about Marx and Foucault. *Cultural Studies, 26*, 91-107.

LÓPEZ, F. Abrir, impensar, y redimensionar las ciencias sociales en América Latina y el Caribe. ¿Es posible una ciencia social no eurocéntrica en nuestra región?. In _____. (Ed.). *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 108-121.

LUGONES, María. (2014, octubre). *Feminismo decolonial*. Ponencia presentada en los 20

años de la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

MIGNOLO, W. (2007). El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. En S. Castro-Gómez y R. Grosfoguel (eds.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 25-46). Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, IESCO-UC.

_____. (2000). La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad. En E. Lander (comp.), *Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas* (pp. 55-87). Buenos Aires: CLACSO.

PACHÓN, D. (2009). Modernidad, eurocentrismo y colonialidad del saber. Ejercicios críticos de filosofía colombiana y latinoamericana. Recuperado agosto, 2014 de http://nuevasideasdamian.blogspot.com/2009/05/modernidad-eurocentrismo-y colonialidad.html

PACHÓN, D. (Enero-Junio de 2008). Nueva perspectiva filosófica en América Latina: el Grupo Modernidad/Colonialidad. *Ciencia Política, 5,* 8-35.

REYNOSO, C. (2000). *Apogeo y decadencia de los estudios culturales: una visión antropológica*. Barcelona: Gedisa.

RUTTER-JENSEN, C. (2012). Auto-Ethno-Pedagogic Essay: some thoughts on the classroom experience of the course "Sex, Culture, and Society". *Cultural Studies, 1,* 71-90.

QUIJANO, A. Colonialidad del poder y clasificación social. In CASTRO-GÓMEZ, S.; & GROSFOGUEL, R. (Ed.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores: Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, IESCO-UC: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto de Estudios Sociales y Culturales, Pensar, 2007, p. 93-126.

_____., Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In LANDER, E. (Ed.). *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 122-151.

WALLERSTEIN, I. (2006). *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*. México: Siglo Veintiuno Editores.

WHEN A CONSCIOUS IMPULSE FROM CIVIL SOCIETY TRANSFORM: THE EMERGENCY PEDAGOGY UNDER THE SCOPE OF HUMANITARIAN LAW. A CASE STUDY

QUANDO UM IMPULSO CONSCIENTE DA SOCIEDADE CIVIL TRANSFORMA: A PEDAGOGIA DA EMERGÊNCIA COMO UM DIREITO HUMANITÁRIO. UM ESTUDO DE CASO

Antonio Grillo Neto[1]

ABSTRACT:
Living among migrants confronts us with the possibility of looking at ourselves. It is not a matter of accepting them, but of being in their place. Since 2006 the pedagogy of emergence seeks to treat two of deep wounds that migrant children experienced in situations of war or calamity: their traumas and griefs. This article aims to investigate how a civil society movement became a successful educational case and how international humanitarian and international human rights law legal framework could support this initiative. "I am the other" (Rimbaud).

KEYWORDS: Human Rights**.** International Law. International Humanitarian Law. Geneva Conventions. UN Convention on Rights of Child. Refugee Crisis. Education as a Basic Human Right. Right to Education. Right to Education for Refugee Children. Emergency Pedagogy. Civil Society Advocacy on Human Rights. Martens Clause.

RESUMO: Conviver com migrantes e refugiados nos confronta com a possibilidade de olharmos para nós mesmos. Não se trata de aceitá-los, mas de nos colocarmos em seu lugar. Desde 2006 a pedagogia da emergência busca tratar os traumas e o luto que crianças migrantes e refugiadas experimentaram em grandes calamidades ou situações de guerra. O presente artigo almeja investigar como um movimento organizado da sociedade civil se tornou um bem sucedido caso de recuperação de crianças através da educação, em estado de luto ou traumas profundos causados por situações extremas, e como o direito internacional humanitário e o sistema internacional de direitos humanos pode dar suporte

[1] LLM Northwestern University Pritzker School of Law, Chicago Il with honors. Mestrando em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Internacional pela Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. Advogado.

a esse tipo de iniciativa que olhado de perto é o mesmo que levou à criação do Direito Humanitário Internacional. "Eu sou o outro" (Rimbaud)

PALAVRAS CHAVE: Direito Humanitário Internacional. Direitos Humanos. Convenção de Genebra. Cláusula "Martens". Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. Educação. Educação como direito Fundamental. Pedagogia da Emergência. Dignidade Humana.

1-. A BRIEF INTRODUCTION.

International Humanitarian Law ("jus in bello") is notorious for dealing with situations in which the human spirit finds its limit.

They are wars, insurrections, widespread violence, natural disasters, health epidemics, crises whose magnitude alarms and threatens entire populations and ethnic groups, imposes massive withdrawal of people from their homes, cities and countries, separates families, traumatizes all those who have subjected themselves to their horrors.

The chaos witnessed in 1859 by Henry Dunant at the Battle of Solferino between the French and Austrians in which 40,000 men died, mostly from untreated wounds, served as the impetus to treat war under a more compassionate gaze, with rules that respected dignity human rights of combatants. This idea was the beginning of a movement that would lead to the creation of the International Committee of the Red Cross, and in 1864 the Geneva Convention, which initiated modern international humanitarian law (IHL).

International Humanitarian Law, "jus in bello", determines how wars can be fought. It differs from the norms that determine when wars can be waged: the "jus ad bellum" of the UN Charter and self-defense[2] (Byers, 2007).

Today the norms of international humanitarian law can be found basically in the four Geneva Conventions of 1949 (and in their predecessors, the Hague Conventions of 1907). It has been followed by many other treaties in order to incorporate the following basic principle: wars must be waged within certain limits which must be respected in order to preserve the life and dignity of human beings (Melzer, 2016)[3].

The event of War on Terror radically changed the ways International Humanitarian Law was designed. In order to combat terrorist groups a broader concept of

[2] Michael Byers. A Lei da Guerra. Direito Internacional e Conflito Armado. Ed. Record. 2007, 159/160
[3] Nils Melzer. International Humanitarian Law. A Comprehensive introduction. CRC. 2007

self-defense known as Bush doctrine was set to justify all kinds of military interventions without the consent of UN Security´s Counsel.

As a result, not only, combatants but also civilians were kept prisoners without due process and/or guarantees, without a fair and dignified treatment a situation that resulted in the principles of Cleveland[4].

One of the fundamental principles of the IHL prohibits civilians from being directly targeted, according to article 51 (2) Protocol 1 (1977): "(2) the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited".

Despite all efforts to set war under rules and conditions that´s seek to limits casualties of combatants and non-combatants, armed conflicts have been the main cause on why the refugee crisis the World has witnessed. When the worst happen, and people are forced to left behind their houses, cities and countries they are counting on their own and their home States are no longer able to guarantee their basic rights. When the situation describe above happens these people became migrants.

In international law, there is no universally accepted definition of the term "migrant", although some categories are defined in specialized international instruments. Furthermore, various organizations define a migrant as "any person who is outside a State of which he or she is a citizen or national, or, in the case of a stateless person, his or her State of birth or habitual residence"[5]. There are three basic principles of Human Rights that

And it is in this grey zone between the protection of migrant civilians, refugee camps and reconstructing cities that children surviving armed conflict pass. Amid traumas and mourning, they try to rebuild their lives, but very little is guaranteed even with regard their basic and fundamental humans rights.

For the purposes of international humanitarian law, education, as a fundamental right idealized in Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, is also referred to as human right in Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. And little more insight is provided, assumes the

[4] http://hrlibrary.umn.edu/instree/clevelandprinciples.html (last access 01/27/2019)

[5] https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf p.4

seminal role of transforming the vulnerability of migrants and refugee children who are materially, psychologically, and spiritually devastated. This is where emergency pedagogy will act, addressing not only content that is taught in the classroom, but using Waldorf pedagogy as a starting point for children to overcome their traumas and griefs, incorporating them as much as possible to their life biographies. This initiative has achieved positive results in a very short space of time.

"Jus in Bello" is much more than determining how wars should be fought. It closes a much more noble objective which is to minimize the suffering of civilians. It is an exercise in compassion. The same spirit that educators seek in the interventions of emergency pedagogy in areas of conflict.

2-. THE HUMAN BEING, ITS MOBILITY AND SEARCH. CONFLICTS.

Man has always been a nomad. No wonder, the protection of persecuted human beings has been a practice known since Antiquity.

Scientists agree that about 70,000 years ago, sapiens from West Africa spread through the Arabian Peninsula and from there quickly took over the territory of Eurasia (Harari, 2017) and since then people have formed, together with these narratives centered on survival, mutual support, religions, myths, legends, reason, art, law. And there are also wars, conflicts, clashes, the trail of which millions of disadvantaged people are not only losing everything they have built in life but are also forced to start a new journey to some place where they can live in peace, migrants or, in the worst version of this military spectrum, refugees.

The refugee crisis is the greatest challenge of the twenty-first century. The number of migrants[6], national and international refugees has grown by more than the world population to 258 million[7]. Between 1990 and 2017 the profusion of migrants increased by 105 million people, or 69%. This rapid increase occurs between 2005 and

[6] International migrants mean persons residing in a country other than their country of birth or foreign. See also: *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf* (last accessed 31.01.2019)

[7] UN-DESA, Department of Economic and Social Affairs of the United Nations. International Migration Wallchart, 2015. Available at http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017.pdf. Last access on 01/27/2019.

2017 when the annual number of migrants rises to 5.6 million compared to an average of 2.5 million between 1990 and 2005[8].

Forced displacement has also reached record levels in recent years, currently affecting 68.5 million people, of which 25.4 million are refugees, 3.1 million are asylum seekers, and 44.0 million are internally displaced[9].

Considering the magnitude of this crisis and the complexity of the issue, a major challenge in the elaboration of the Global Pacts is to guarantee a participatory process and positive and effective results in the implementation of these laws, involving governments, civil society, migrants, international protection subjects and their families, international organizations, teams of experts, academics, religious groups, companies and other stakeholders.

And while humanitarian law demands that wars be waged within certain limits that must be respected, situations do not always occur as expected in a military intervention in Gaza, a bombardment in Lebanon, a massacre between tribes in Burundi, ethnic motivations in the wars involving Bosnia and Herzegovina in the Balkans, or in the civil wars in Syria and Iraq, when what is impossible to assimilate nothing else will be as before.

After chaos, beyond ruins and lack of structure, "traumas forever change the lives of victims: they change the way of thinking, feeling and acting, as well as the values and the view that people have of themselves and of the world[10]"(Ruf, 2018, 31).

When it comes to migrant children whose vulnerability is a perennial and natural condition until they have completed at least 14 years for their physical structure to establish (Harari, 2017), but which legally endures until they reach the age of 18, as recommended by the Convention on the Rights of the Child, the experience of the horrors of war and the uncertainties that the refugee situation imposes on them until they resume normalcy in their lives, whether in their country of origin or in another country that receives them is traumatizing. Most of the time, the mourning of relatives can never be assimilated as a natural consequence of life.

---

[8]http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017.pdf Last access on 27/01/2019

[9] UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. UNHCR Global Trends: Forced Displacement in 2016, Jun / 2017. Available at: https://www.unhcr.org/5b27be547.pdf. Last access on 01/20/2019.

[10] Bernd Ruf. Destroços e traumas. Embasamentos antroposóficos para intervenções com a pedagogia da emergência. Pág. 29/30. Ed. Antroposófica. São Paulo. 2018

That is why it is necessary to give all support to refugee children. They need to have their condition of vulnerability worked out by education to overcome their traumas and griefs and redo their life biographies under the overcoming bias rather than revenge, after all, "they are not a blank sheet"[11]

However, if left to the mercy of the desolation of their surroundings, this overcoming will be compromised.

2.1-. SOME STORIES OF TRAUMA AND GRIEF

After suffering an allergic crisis at nine months of age, Teddy's family took him to the hospital for examination, and the baby was taken care of by the board of physicians who took turns evaluating his case and subjected him to experiences as spotlights linked in his direction, probing in his body. In the end he was quarantined for a week, totally isolated from contact, during which time his mother could not visit him. On leaving, he no longer recognized his mother. "She states that after that experience the child never really raised and/or developed affective connection with her or anyone else in the family. He also did not make friends with other children, moved more and more away from people and ended up completely isolating himself, living in his own world[12]".

It is likely that the trauma experienced by Theodore Kaczynski at the hospital later affected the development of his personality. Known as "Unabomber" he sent bomb letters between 1978 and 1995, creating inmate and antisocial habits. Psychologists interpreted his actions as a war of revenge "against inhuman forces that had overcome him and dominated him as a baby, leaving him completely prostrate".[13]

Traumas are like a quake in the soul. They shake inner landscapes and can cause great psychic regions to collapse, block the child's developmental potential, feel a void and lack of sense and motivation that result in states of aggression, addiction, and suicide (Frankl, 2008, 185, quoted by Ruf).

Mourning is part of life "(...) it may be our response to feelings of loss that arise from situations such as death, divorce, separation of attachment figures, mistreatment, abuse or neglect or even natural disasters, such as earthquakes, burnings, floods, among others "(ibid., 37). The feeling that the world is a safe place is completely lost (Levine and Klein, 2010, 210, quoted by Ruf, 37).

---

[11] Ibid. p.31/32
[12] Ibid. p. 32. Levine and Cline, 140
[13] Ibid., 32/140.

They are mourners like Mieko (9) who attended the 4th year of Waldorf School in Fujino, Japan. When on March 12, Fukushima's reactor 1 exploded, she ran away with her parents and younger sister Kurumi (6). In Oita, a refugee camp in the south of the country, her younger sister was run over by a car dying. While her parents were unable to accept the death of their daughter internally, Mieko did not demonstrate her frustration nor any sign of behavioral changes that caused concern. She comforted her mother and got in touch with her grandparents, communicating what had happened. "Since her death, she may have become timid and caring. Sometimes she is sad, sometimes angry" says her father, Katsonube (35). Mieko showed no sign of trauma at this time, she was in mourning[14].

Trauma and grief are a constant in every person's life. If we adults emotionally collapse in situations of this kind, what about children who witnessed the destruction of their homes, suffered abuse and violence of all kinds, or experienced loss and passing of their family and close friends?

There is a difference in the processes of trauma and bereavement: in the latter the anger suffered by the loss is not usually manifested by violence, whereas in traumatic reactions it often erupts into aggression and self-harm. Finally, time heals grief reactions, unlike untrained traumatic experiences, which over time usually show an increase and intensification of their symptoms[15] .

Traumatized children interrupt contact with the people around them or simply lose it, showing disorganized and insecure attachments, becoming overly alert, emotionally unstable and hyperactive with attack and escape reactions.

Almesa and Zenab are two thirteen-year-old girls who also belong to the Samouni clan of Zeitoun, who were the victims of the house attack in the Gaza Strip. Under the rubble, Almesa clung to his dead parents for four days. She recounts how she tried desperately, and with her last strength, to ward off the rats that began to eat the corpses. When asked what his life would be like, she replied in a voice filled with tears: "When I grow up, I will join the brigades and kill all those who killed my family"[16].

If the traumatic experiences cannot be transformed, it is possible that the cycle of violence repeats itself and it is possible that the experiences of children in the

[14] Ibid. 37
[15] Ibid. 39
[16] Ibid. 90

Gaza Strip will bring light to a new generation of young people and adults capable of revenge.

Armed conflicts and situations of calamity leave a strong contradiction in the children's memory: what became a scene of devastation, debris, emptiness and collapse was their habitat. It was the place from which came his most authentic memories, where many experiences and important memories happened. How to deal with it?

2.2-. THE CASE OF EMERGENCY PEDAGOGY AS A CIVIL SOCIETY ACTION APPLIED IN SUPPORT OF MIGRANT CHILDREN IN SITUATIONS OF WAR AND CALAMITIES.

According to Bernd Ruf, emergency pedagogy begun in 2006 in Stuttgart, Germany, during an event of schools practicing Waldorf pedagogy around the world, when the war between Israel and Lebanon broke out. Among the participants were 21 Lebanese students who were unable to return to their homeland because of the destruction that had compromised all of Beirut's infrastructure. With support and commitment from the school and the city, the students were received as refugees and provided with all assistance. However, their families called for their return, which came after continued negotiations with the Lebanese and Israeli military.

A group of educators accompanied the students on this return and faced a totally unusual situation: the war was still going on. In the refugee camps they confronted the human victims with the "collateral damage" of political interests - "traumatized, disturbed, frightened, pale, apathetic children with a dull and empty look, children whose childhood had been stolen"[17].

It was then that these educators had the same compassionate drive that Dunant had in 1859, they decided to stay in Beirut to help the refugee children. Knowing that it is in the initial stage of a trauma that is more effective and accessible to help a child transform and solve their experiences in a lasting way, they began to help through pedagogical interventions in the resumption of school activities through Waldorf pedagogy, creating the which was called Emergency Pedagogy for Crisis Situations, whose central objective is to place itself as an educational approach focused on

[17] Ibid. 105

stabilizing and supporting traumatized children and young people, which they do through four levels of action described below.

Physical-corporeal stabilization[18]. In this first stage, it is critical to make children feel safe again. For this, they need an adequate and safe physical location. In addition, contact with the physical body needs to be restored, and therefore the treatment of injuries and illnesses must be a priority.

Somatic stabilization. [19]Every etheric experience of events needs to be stabilized and the functions of vital organization established. Attention to locks and jams need to be undone.

Psychosocial stabilization. A network of trusted, supportive, and protective relationships must be created. It is about creating trust in the environment. It is at this stage that stabilization methods that include pedagogical-artistic procedures (painting, drawing, modeling, theater), work with movement (sports, walking, gymnastics, eurhythmia), processes oriented to reconditioning (diary techniques, imaginative techniques), and behavioral therapy (training to master fear, acquisition of self-confidence). The goal here is to strengthen the self-confidence that is undermined and self-valorization by the traumatized child in his relationship with the environment that surrounds him.

Mental and biographical stabilization. It means that traumatic negative experiences must be corrected and replaced by positive life experiences. This encourages trauma victims to master and shape their lives again. (Ruf, 2018, 107/108)

Emergency pedagogy is not trauma therapy; appears before, preparing space for the therapies that the child will need in the future.

His artistic-pedagogical methods are based on the principles of Waldorf pedagogy, which are applied in the first weeks after a traumatic event, but before the stage of post-traumatic disorders. It is precisely this moment in which the action of this pedagogy becomes effective, preventing or ameliorating a pathological picture in a child. (Ruf, 109)

According to Ruf, trauma is like paralysis due to a shock. Children become tense, stiff, almost as "frozen." Victims of a trauma become dysfunctional. Traumatized children and youth often suffer from pronounced rhythm disturbances,

[18] Ibid. 109
[19] Ibid. 109

resulting in symptoms and pathologies such as attention deficit, eating or digestive disorders, amnesia or flashbacks, respiratory disorders.

In caring for the souls of children in emergency situations, these educators have transformed the lives of refugee children; and more than that: show courage and engagement in humanitarian causes.

3-. THE LEGAL REGIME GUARANTEEING THE RIGHT TO EDUCATION FOR REFUGEE CHILDREN IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW.

Both individuals and society benefit from the right to education. It is fundamental for human, social, and economic development and the key element for achieving lasting peace and sustainable development. It is a powerful tool in developing the full potential of everyone and ensuring human dignity, and in promoting individual and collective wellbeing.

In view of SDG4 Education 2030 and the current large movements of refugees, UNESCO seeks to draw attention to the fact that, in order to effectively guarantee the right to education, it is critical that all people enjoy equal access to an education of good quality, including refugees. Education can provide long-term, dependable and safe environments, for some of the most vulnerable refugee populations.

3.1-. EDUCATION AS A HUMANITARIAN DUTY IN THE GENEVA CONVENTIONS.

International Humanitarian Law is a set of rules that seek to limit the humanitarian consequences of armed conflicts. It is sometimes referred to as the law of armed conflict or the law of war. The primary purpose of IHL "is to restrict the means and methods of warfare that parties to a conflict may employ and to ensure the protection and humane treatment of persons who are not, or no longer, taking direct part in the hostilities"[20]. In short, IHL comprises those rules of international law which establish minimum standards of humanity that must be respected in any situation of armed conflict. (Melzer, 2016)

The cornerstone of IHL governing non-international armed conflicts is common Article 3. Often held to be the single most important provision of contemporary treaty IHL. In essence, common Article 3 provides that each party to a non-international

[20] Nils Melzer. Ibid.

armed conflict, whether represented by "Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed 'hors de combat' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, color, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. (Melzer, 2016)

The Protocol to the Treaty on the Functioning of the European Union, on the one hand, and on the other, been restricted.

Despite all these provisions, children affected by non-international armed conflicts are particularly exposed to the risk of being separated from their families, recruited as child soldiers, or otherwise physically and mentally abused.

All appropriate steps must be taken to facilitate the reunification of families who have been temporarily separated and, in the meantime, children must be given an education in keeping with the wishes of their parents or others responsible for their care. (Melzer, 2016)

According to UNCHR, half of the world's refugees are children (more precisely 7.4 million[21]). Of the children who are of school age, more than half are not getting an education - that equates to four million young minds in school even though they are bursting with potential[22].

The number of out-of-school refugee children has increased by 500,000 in the last year alone. If current trends continue, hundreds of thousands more refugees will be added to these disturbing statistics unless urgent investment is made.

As part of the 2030 Agenda for Sustainable Development, the members of the United Nations are invited to ensure "inclusive and equitable quality education" and to promote "lifelong learning opportunities for all". And in the New York Declaration for Refugees and Migrants, adopted by the United Nations General Assembly in 2016, governments pledged to share responsibility for the world's refugees and to improve access to education for refugee children[23].

3.1.1-. GUIDING PRINCIPLES ON INTERNAL DISPLACEMENT.

An important legal tool that emerges within the United Nations as a response to the problems that national armed conflicts, civil wars and widespread

[21] https://www.unhcr.org/5b852f8e4.pdf (last accessed on 01.30.2019)
[22] https://www.unhcr.org/5b852f8e4.pdf (last accessed 01.30.2019)
[23] https://www.unhcr.org/5b852f8e4.pdf (last accessed 01.30.2019)

violence and persecution of civilians become refugees in their own internal national territory. The legal definition of internal displaced persons is in the preamble of this document and states as follows: "For the purposes of these Principles, internally displaced persons are persons or groups of persons who have been forced or forced to leave their homes or places of a residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized state border"[24].

According to article one, internally displaced persons shall enjoy, in full equality, the same rights and freedoms under international and domestic law as the other persons in their country. They shall not be discriminated against in the enjoyment of any rights and freedoms on the ground that they are internally displaced.

Also, the right on education receives a praised look from guiding principles as stated in their article 23 which prescribes the following: "1. Every human being has the right to education. 2. To give effect to this right for internally displaced persons, the authorities concerned shall ensure that such persons, displaced children, receive education which shall be free and compulsory at the primary level. Education should respect their cultural identity, language and religion. 3. Special efforts should be made to ensure the full and equal participation of women and girls in educational programs. 4. Education and training facilities shall be made available to internally displaced persons, adolescents and women, whether or not living in camps, as soon as conditions permit"[25].

Although mirroring the Convention on the rights of child, article 23 enables the moral foundation that will guide Governments and Civil Society to implement all measures to meet most vulnerable civilians needs with respect education.

3.2-. EMERGENCY PEDAGOGY AND THE LEGAL REGIME GUARANTEEING THE RIGHT TO EDUCATION FOR REFUGEE CHILDREN IN SITUATIONS GOVERNED BY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD - CRC (1989)

[24] http://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/199808-training-OCHA-guiding-principles-Eng2.pdf (last accessed 01/30/2019)

[25] http://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/199808-training-OCHA-guiding-principles-Eng2.pdf (last accessed 1/30/2019)

3.2.1- But after all why do children enjoy legal protection?

With the greater brains among animals, in addition to the characteristic of standing upright on two legs, the unnecessary arms for locomotion, however, free for other activities, required of this species a physical structure capable of sustaining an extra-large upright skull. This upright gait, on the other hand, required narrow hips, constricting the birth canal (and this when the babies' heads grew larger), thus killing the female sapiens during childbirth. This has favored the birth of preterm infants when many of their vital systems are underdeveloped (Harari, 2017). "A foal can trot soon after birth; a cat leaves the mother on its own to get food with a few weeks to live. But human infants "are defenseless and for many years depend on the elders for sustenance, protection and education.[26]"

That is why treaties and laws guarantee children maximum protection because their limiting physical condition puts them in a situation of vulnerability that persists for years until they are formed physically, mentally and spiritually, so they must have their human dignity preserved under all circumstances, especially amid armed conflicts, hence the justified concern of international humanitarian law.

3.2.2-. EDUCATION AS A HUMANITARIAN DUTY IN THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD.

In order to guarantee children their human dignity and the inalienable rights of the Charter of the United Nations through sound physical and mental development, the Convention on the Rights of the Child (CRC) was enacted in 1989. This Convention places equal emphasis on all children's rights so that it does not rank rights. It assumes that children's rights are indivisible and interrelated, and that the focus should be on the child. CRC seeks that this foundation permeates all government decisions that interact or relate to the issues it disciplines.

For the purpose of CRC, a child will only be considered an adult upon reaching the age of 18, unless otherwise provided in the domestic legislation of the countries[27].

---

[26] Harari, Yuval N., Sapiens, p.18, ed. LPM, 2017

[27] UN Convention on the rights of the Children adopted in November 1989 "For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier."

As one of the instruments for the legal protection of children, this convention contains important guidelines and fundamental principles, of which we emphasize the principle of choosing the best interest of the child (Article 3[28]) and so called the principle of effectiveness (Article 4[29]). demands that measures for the realization of children's rights must be carried out with absolute priority, under penalty of harming their development, always observing the highest standard possible by the State (article 41[30]).

Refugee children do not lose the rights and protection that the Convention guarantees them regardless of where they are, as provided in art. 22.

The right to education of refugee children is guaranteed in CRC, whose maximum value is to preserve the human dignity of the learner by encouraging as much as possible the young people to engage in the context of school learning. This is the understanding of article 28 whose right to education is established and is now referred to as education in a broader sense in which the family, the state and the school participate, as well as education in the sense of school learning.

Regarding the type of education, article 29 of the CRC states that the learning process stimulates the best in each student, that is, that creates means for

---

[28] **Article 3**

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, considering the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

[29] **Article 4**

States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. Regarding economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.

[30] **Article 41**

Nothing in the present Convention shall affect any provisions which are more conducive to the realization of the rights of the child and which may be contained in:

(a) The law of a State party; or

(b) International law in force for that State.

expressing and developing skills in the learning process. It emphasizes the harmony in the social relations with its friends, its parents, with the environment and with its culture's expression. It seeks to create an environment conducive to problem solving through dialogue and peaceful understanding.

Regarding refugee protection rights, CRC is in dialogue with international humanitarian law through articles 22, 38 and 39, which are emphatic about the duty of political actors to guarantee the rights of children in situations of armed conflict, insurrection, violence generalized or wars, with rules regarding the participation of children in armies and enlistment.

However, it is article 39 that takes care of the rehabilitation of children who have been abused. Children who have been neglected, abused or exploited must receive and have all possible support to recover physically and psychologically from the trauma or mourning suffered, and to reintegrate into society. Here, special attention is required to restore health, self-respect and the dignity of the child.

All legal framework embodied on CRC perfectly dialog with what emergency pedagogy embodies. Both born with the same humanitarian purposes, and both put emphasis to restore human dignity to migrant children.

Unfortunately, the US and Somalia were the only two countries who did not ratify this convention and we have witnessed what happen in both countries.

According to UNICEF[31], there are 4.2 million migrants in Somalia in which 2.5 million are children requiring humanitarian assistance, although it is important to notice that Somalia has no functional government being close to a no men´s land by all means.

The US enters this conversation as well due to general attorney Jeff Sessions "zero-tolerance" policy against illegal immigration when the World shockingly watched migrant children held in cages like prisoned animals. The Dept. of Homeland State (DHS) also removed an estimated 2,000 children from their parents who happened to be jailed by entered illegally in the US, who were kept in facilities that mirror prisons[32]. A lot of controversy has been emerged ever since and Trump administration defends their actions on the basis of law: I) putting the blame on parents who violate the

[31] https://www.unicef.org/appeals/somalia.html (last accessed 02.01.2019)
[32] https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/16/children-separated-parents-border-trump-administration

US laws by entering illegally[33]; II) that policies are discouraging illegal immigrants from making children endure that treacherous journey[34]; III) that 'open borders lobby' is doing is encouraging that and endangering these children"[35]; and IV) that children are receiving appropriate treatment at detention facilities.

Is it right to remove migrant children from their parents who allegedly break the law? Does humanitarian treatment apply in favor of those children? With regard humanitarian law DHS policies on migrant children holds all elements for a discussion of illegality under Martens Clause[36] of 1907´s Hague Convention, a customary law viewed in the words of Rupert Ticehurst "it's not only a reminder that in the absence of other norms not contained in a specific treaty but it has a normative status on his own right and therefore works independently of other norms" [37].

Also noted by many phycologists, detained children are already suffering traumatic and psychologic damages by living separated from his parents.

What the Martens clause does is to provide a link between the law of war and that of natural law in order to determine what the public conscious is. Humanitarian and Human Rights law demands full protection of migrant children which contrasts with US DHS detentions, specially their removal from their parents constitute unhuman treatment, therefore it can be argued that those detentions are in breach of Martens Clause and therefore that the US are in breach of the Geneva Conventions.

Although as every legal matter ought to be verified in a case by case basis, since it's not clear for what purposes a person become an illegal immigrant in the US, the way DHS has been detaining migrants children needs to be under scrutiny and must be followed closely by advocacy groups, human rights activists and civil society groups as well the Judiciary Systems both local and international since "*raison d'état*" commonly invoked by administrative branches are sometimes a polite excuse to justify a widespread criminalization against poor people as even asylum seekers have been detained in US borders since the implementation of zero tolerance policy.

---

[33] https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/17/us-immigration-family-separations-beto-orourke-texas

[34] https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/16/children-separated-parents-border-trump-administration

[35] https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/16/children-separated-parents-border-trump-administration

[36] https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnhy.htm

[37] https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnhy.htm

Has also to be noted what aims and purposes are lying behind this "zero-tolerance" policy. Does it have been implemented to resolve social problems brought up by this worldwide migrant's crisis? Or is mere election´s campaign populism to please part of electorate? It´s up to advocacy groups, lawyers, lawmakers, Judiciary and the DHS to provide not just the right answer for these questions but long-term solutions to a crisis that affect all of us.

The best way to address for these challenges is to place children´s interest above all others. We all have to treat them well and with dignity because of their vulnerable conditions. What public consciousness means is that no one can be a passive viewer in a Democracy as we have the moral duty to protect those who cannot defend themselves. This is why so many people died to defend and affirm so many civil liberties and human rights that we claim today, and this has to be the goal of all of the so called human centric and civilized Society ought to achieve.

4-. CONCLUSION

The two great world wars in the twentieth century, in addition to redesigning the global political map, have introduced profound changes in the way society has established the rights inherent in the human person, including the protection of migrants and children. Issues relating to international humanitarian law and human rights although different subjects have also become part of a global agenda beyond the exclusive competence of the nation-state.

In the situations inherent to the migrants and refugees, Andrade[38] makes an affirmation that reflects the actuality of large urban centers in which violence often escapes control: "What happens is that the human being, when invested with state power, has been shown still capable of innovating and increasing its capacity for destruction, which is no longer restricted only to communities alien to its own, affecting and annihilating its own societies".

In general, wars expose the weaknesses of the National States involved. Bernd Ruf's emergency pedagogy is an indispensable educational tool for migrant children, and its application is most welcome in situations of conflict, and totally

[38] TRINDADE, Antonio Augusto C. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: FONSECA JR, Gelson; CASTRO, Sergio Henrique Nabuco de (Org.). *Temas de política externa brasileira II.* Brasília: FUNAG, 1994. p. 167-187.

compatible with the legal framework that regulates education in humanitarian law as well.

"Jus in bello" regulates the conduct of parties involved in an armed conflict. IHL aims to take care of civilians to minimize suffering during armed conflicts, by protecting and assisting all victims of conflict to the greatest extent possible therefore education a children fundamental right ought to be preserved not only in the event of an armed conflict but also in camps where migrants, refugees and internal displaced wait for a new beginning or the same old march to the next unknown.

What pedagogy of the emergency became is less relevant than what had started it: a civil society impulse when teachers imbued by a compassionate view of life decided to exercise their freedom and were willing to help vulnerable refugees during the war between Israel and Lebanon. Since then, they are often called upon to act at the onset of conflicts and calamities to assist children through education. Their task and aims is to help and support those vulnerable children to overcome its griefs, pains and traumas through a resilient and compassionate view of the events when given a chance.

This moral impulse in understanding the vulnerable and caring for their souls was what led Henry Dunant and Henri Dufour to design what we now understand as International Humanitarian Law. Helping the most vulnerable amid the chaos to maintain their sanity and as far as possible to go through the conflicts, traumas and griefs through education, is to share that same compassionate impetus that motivated the conventions of Geneva with regard IHL.

We have witnessed the visibility occupied by migratory issues in public agendas. Unfortunately, however, the debate is often marked by politicization of the issue and by xenophobic attitudes. The challenge is to make the discussion, instead of permeated by fear and a sense of preservation, marked by the recognition of the right to migrate, the rights and the need to protect the people in a situation of mobility, and the contributions that the migrants and refugees bring both to the host States and to their home States.

Employing and applying all possible efforts to understand and meet the needs of migrant children is a core task that today's IHL lawyers and jurists must devote to. It is a matter that needs to be incorporated into public policies without populism as well. To create legal frameworks to support civil society initiatives like emergency pedagogy is a task that jurists will have to advocate and put all his hands on.

In the end we all shall insist that all countries must comply with legal standards being it humanitarian or human rights. That´s what public consciousness means.

To conclude, as History taught us that it has always been easier to understand the movements of change and human displacement since men are nomadic by nature and par excellence. The most difficult narrative to explain has always been that of limits, traits, borders, nationalities, ethnicities, differences because "sympathies and antipathies are the greatest enemies of the true social interest"[39] and this current migrant crisis has presented itself not only as an opportunity to understand what went wrong but also to reclaim that Human spirit in which our greatest legal statutes and works are derived from.

5-. BIBLIOGRAPHY:

BOUVIER, Antoine; SASSOLI, Marco. How does Law Protect in War? International Committee of Red Cross. 2011.

BYERS, Michael. A Lei da Guerra. Direito Internacional e Conflito Armado. Ed. Record. 2007.

_____. Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law. Cambridge University Press. 1999.

DINSTEIN, Yoram. The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts. Cambridge University Press. 2004.

GRAY, Christine. International Law and the Use of Force. 2º ed., Cambridge University Press. Cambridge. 2004.

HARARI, Yuval N., Sapiens. Ed. LPM, 2017

MELZER, Nils. International Humanitarian Law. A Comprehensive introduction. CRC. 2007

RUF, Bernd. Destroços e traumas. Embasamentos antroposóficos para intervenções com a pedagogia da emergência. Ed. Antroposófica. São Paulo. 2018

STEINER, Rudolf. As carências da alma em nossa época. Como superá-las? Ed. Antroposófica. São Paulo. 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto C. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: FONSECA JR, Gelson; CASTRO,

[39] Rudolf Steiner. As carências da alma em nossa época. Como superá-las? Pág. 17. Ed. Antroposófica. 2013.

Sergio Henrique Nabuco de (Org.). *Temas de política externa brasileira II.* Ed. FUNAG, Brasília. 1994.

WEBOGRAPHY:

https://www.icrc.org
https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnhy.htm
https://www.unicef.org/appeals/somalia.html (last accessed 02.01.2019)
http://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/199808-training-OCHA-guiding-principles-Eng2.pdf (last accessed 1/30/2019)
https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf International migrants mean persons residing in a country other than their country of birth or foreign. See also (last accessed 01.31.2019)
https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/17/us-immigration-family-separations-beto-orourke-texas
https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/16/children-separated-parents-border-trump-administration
https://www.unhcr.org/5b852f8e4.pdf (last accessed 01.30.2019)
https://www.unhcr.org/5b27be547.pdf. UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. UNHCR Global Trends: Forced Displacement in 2016, Jun / 2017. (last accessed on 01/20/2019)
https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017.pdf. UN-DESA, Department of Economic and Social Affairs of the United Nations. International Migration Wallchart, 2015. (last accessed on 01/27/2019).
https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017.pdf. (last accessed on 01/27/2019).
https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017.pdf. (last accessed on 27/01/2019)
https://www.unicef.org/appeals/somalia.html (last accessed 02.01.2019)

DIREITO INTERNACIONAL E DEMOCRACIA NA PRIMAVERA ÁRABE: O CASO DA LÍBIA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

INTERNATIONAL LAW AND DEMOCRACY IN THE ARAB SPRING: THE CASE OF LYBIA IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Celso de Oliveira Santos[1]

Carla Herminia Mustafa Barbosa Ferreira[2]

RESUMO:

O presente estudo dedica-se à compreensão do caso da Líbia submetido pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ao Tribunal Internacional como consequência de violações empreendidas pelo referido Estado durante a Primavera Árabe no contexto da Promoção da Democracia no Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Autodeterminação, Direitos Humanos, Primavera Árabe, Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT:

This study is dedicated to understanding the case of Lybia, which was submitted to the International Criminal Court by the Security Counsel of the United Nations as a consequence of violation of rights by the State during the Arab Spring in the context of the promotion of democracy in International Law.

KEY-WORDS: Democracy, Self-Determination, Human Rights, Arab Spring, International Criminal Court.

INTRODUÇÃO

[1] Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, bacharel pela UFRRJ/ITR. Advogado. Coordenador Acadêmico do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo, vinculado à Academia Paulista de Direito. Pesquisador do NETI/USP.

[2] Advogada e bacharela em Relações Internacionais. Mestranda em Governança Global e Formulação de Políticas Internacionais na PUC-SP. Pesquisadora do NETI-USP.

A democracia, cuja concepção se atribui a Aristóteles, ultrapassou a baixa popularidade ao longo da maior parte da História das sociedades organizadas, as incessantes e necessárias críticas doutrinárias e as dificuldades de implementação inerentes à participação humana na sua realização e tornou-se o regime de governo mais difundido ao redor do mundo na contemporaneidade, tempo em que se percebe a que multiplicação e intensificação das relações intersubjetivas ao redor do planeta causou inegáveis (e inevitáveis) impactos na reorganização da sociedade tecnologicamente revolucionada, e, via de consequência, na maneira como o Direito se constrói e se aplica, tanto como na dinâmica da política tanto global quanto interna dos Estados. A questão democrática, então, protagonizou abordagens frequentes nos noticiários, nas manifestações coletivas, nos discursos políticos e até nas comunicações oficiais governamentais, revelando preocupações acerca da sua existência, manutenção e relevância.

Tal preocupação se traduz de diversas maneiras, tendo a democracia sido apresentada como matéria de Direito doméstico, como objeto de normas internacionais, como regime de governo, como conjunto de valores e ideais, como bem jurídico a ser protegido doméstica e internacionalmente e, em recentes situações extremadas, até mesmo como motivação de intervenção em Estados, como ocorrido no Oriente Médio, gerando grandes repercussões tanto em favor quanto contrárias às iniciativas internacionais desenvolvidas nos contextos da Guerra do Iraque e da Primavera Árabe, por exemplo. Também nos últimos anos, a título de variação dos exemplos, observou-se a dedicação de atores que operam o Direito Internacional à democracia, seus elementos e aspectos, em situações como o impeachment do presidente paraguaio Fernando Lugo, em 2012, a independência do Kosovo, em 2008, e a criação em maior escala, e com maior profundidade, de normas de Direito Internacional dedicadas ao tema, que se inserem na competência de diversos tribunais internacionais, como é o caso das cláusulas democráticas adotadas pelas organizações internacionais de integração regional no continente americano e na Europa.

Muitos questionamentos podem ser formulados sobre a participação do Direito Internacional no contexto das consequências da Primavera Árabe, passando desde a legitimidade do sistema jurídico internacional para atuar na matéria até as questões históricas e culturais que explicam a situação dos regimes de governo no Oriente Médio. O objetivo deste estudo é compreender contextualmente a incidência da promoção da democracia pela via do Direito Internacional sobre os fatos ocorridos na Líbia durante o período da Primavera

Árabe, resultando na investigação conduzida perante o Tribunal Penal Internacional em razão de violações de normas de direito internacional praticadas pelo então governo líbio.

Na primeira seção, será tratada a inserção da democracia como objeto do Direito Internacional como resultado de séculos de revoltas populares que desaguaram, no contexto da segunda onda democratizadora, no reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos.

A seguir, um breve panorama das identidades políticas e históricas entre os povos do Oriente Médio será delineado com a finalidade de explicar de que maneira os acontecimentos políticos e as características culturais da região influenciaram o acontecimento da Primavera Árabe, bem como a relação destes Estados com os valores democráticos.

Por derradeiro, serão abordadas as questões de Direito Internacional afetas à Primavera Árabe, com ênfase na situação do caso da Líbia, cuja investigação perante o Tribunal Penal Internacional também será analisada.

Desta sorte, gize-se ainda que o objetivo do presente estudo não é o de sustentar uma prática ocidentalizante do Direito Internacional, mas sim de compreender como os institutos jurídicos internacionais se comportam no contexto político, social e cultural do Oriente Médio e de que maneira podem melhor servir à realização da autodeterminação dos seus povos e dos direitos dos indivíduos que os integram.

1. A DEMOCRACIA COMO OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL

A noção de democracia, polissêmica e multiangular, vem recebendo crescente destaque na mídia jornalística, nos debates políticos, e, via de consequência, na comunidade acadêmica, especialmente na última década.

Prova disto é o fato de que, de acordo com a ferramenta Google Trends, que registra as buscas pelos termos indexados nos bancos de dados da página de buscas Google, que demonstra que as buscas pelo termo "*democracy*" registraram ao redor do mundo, desde 2004, um pico absoluto de popularidade em novembro do ano 2008. Neste mês ocorreram diversos acontecimentos relevantes para o Direito Internacional, como o início da crise

financeira mundial tida como a pior na História desde 1929 e a eleição de Barack Obama para a presidência dos Estados Unidos da América. O ano 2008, reforçando tal contexto, foi particularmente movimentado para a comunidade internacional, que convivia com a intervenção militar no Iraque, manifestações contra a China no Tibete, desentendimentos diplomáticos entre a Colômbia e a Venezuela, o Equador e a Nicarágua, além dos conflitos armados entre Israel e Gaza, a declaração de independência do Kosovo, a renúncia de Fidel Castro, em Cuba, e a condenação póstuma de Saddam Hussein.

Após estes acontecimentos, cresceu também a percepção de que o Direito Internacional vinha sendo instado a reagir em defesa não somente dos seus próprios sistemas institucionais, mas principalmente em favor dos direitos dos povos que se encontram sob sua égide e que viam suas liberdades, seus direitos e sua autodeterminação ameaçados.

O cenário efervescente de crises políticas e econômicas em todo o planeta fez com que os veículos jornalísticos aderissem à antiga tendência da comunidade acadêmica de acompanhar a reação das organizações internacionais e da comunidade internacional (personificada nos representantes dos Estados) às manifestações, revoltas e, principalmente, às violações de direitos ocorridas. Na década atual, por exemplo, o mundo voltou seus olhos para a Primavera Árabe, a crise grega, as manifestações de 2013 e o processo de afastamento da presidenta do Brasil, além, mais recentemente, das negociações para eventual desligamento do Reino Unido da União Europeia.

Corresponde, no ponto, propor reflexão acerca da grande diversidade de proporções e das repercussões das reações dos governos em face das demandas de seus povos, devendo ser considerado que em um mundo culturalmente plural as demandas dos povos nem sempre convergem, mas também que o espaço de protagonismo concedido ao Direito Internacional pela atenção da mídia, dos governos e dos povos em decorrência do sucesso da sua implementação após a 2ª grande guerra, mesmo apesar do fato de ser conduzido essencialmente por representantes dos Estados, que por sua vez encontram-se majoritariamente enfrentando debates sobre os rumos a serem acedidos nas suas políticas domésticas.

O Professor André de Carvalho Ramos (2017, p. 913) oferece, em seu curso de direitos humanos, uma partição didática do conceito de democracia, contemplando assim uma democracia que chamou “formal ou procedimental”, que consiste na existência de um

conjunto de normas asseguradoras da manifestação da vontade majoritária em uma perspectiva meritoriamente estanque, e cuja presença é condição necessária, mas não suficiente para que se verifique a presença da outra, que denominou "material ou substancial", e que abrange, para além da normatização garantidora da manutenção do regime democrático, a preservação dos direitos humanos e a persecução dos ideais de igualdade e justiça social.

A referida conceituação elaborada pelo Professor André de Carvalho Ramos, como se pode facilmente observar, se coaduna perfeitamente com a construção filosófica da Democracia ao longo da História, uma vez que a contemplação da igualdade e da justiça social como valores intrinsecamente democráticos superou a datada adstrição à liberdade e ao sufrágio, mas, ainda para além disto, mostra-se profundamente coerente ao, em vez de enxergar o povo como um único ente coletivo, tratá-lo como um conjunto heterogêneo de indivíduos cuja dignidade e cujos direitos básicos devem ser homogeneamente defendidos com o fito de não desnaturar a democracia em sua essência ao permitir a sua desumanização.

Corroborando esta tese, o professor Luís Roberto Barroso, em voto no RE 845.779/SC, consignou que a democracia deve ser compreendida para além da "circunstância formal do governo da maioria", sendo também dotada de uma dimensão subjetiva que implica a proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos que a integrem, "inclusive e sobretudo das minorias".

A concepção de democracia, embora possa ser dividida, explicada e classificada de infinitas maneiras em razão da enorme variação de abordagens por autoridades e autores de todas as partes do globo e ao longo do mais de um milênio que se passou desde a sua gênese aristotélica, o que ensejou transformações tanto evolutivas quanto autossabotadoras, abstratamente manteve sempre o seu conteúdo mínimo como regime de governo voltado para a representação dos interesses do povo, sintetizados axiomaticamente nos ideais de igualdade e liberdade (que, por sua vez, embora também sintetizem um grande conjunto de direitos, também são passíveis de interpretações diversas).

Ademais, é imperativo considerar que as concepções mais praticadas da democracia são profundamente enraizadas em construções culturais ocidentais eurocentristas, passando pelo sufrágio universal, pelas noções abrangentes (embora insuficientemente realizadas) de liberdade e de igualdade e pelo modo de produção capitalista, com reflexos na

estruturação da representação popular que, no ocidente, tem sua máxima manifestação nos processos eleitorais.

Em comum, a propósito dos movimentos populares que atraíram a atenção da mídia e do debate popular para a democracia, identifica-se o manejo pelos povos manifestantes de uma demanda que reflete a inadequação do respectivo governo às necessidades expressadas, o que implica um pleito, mesmo que não expressamente, de autodeterminação diante da contrariedade entre as políticas praticadas pelo governo e aquelas desejadas pelo povo com vistas à efetivação de seus direitos. Isto se depreende da observação casuística dos pleitos materiais manifestados por tais povos, que, a exemplo da primavera árabe, necessariamente remontam a uma necessidade de reforma no sistema de governo e a violações de direitos humanos, cumulativamente ou não, e via de regra com finalidade política, denunciando a violação à autodeterminação empreendida pelos governos protestados.

O reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos, com efeito, foi o ato que preconizou a promoção da democracia no Direito Internacional, tendo sido originalmente consignado na Carta do Atlântico[3] e, quatro anos mais tarde, na Carta das Nações Unidas. Este mesmo direito, atualmente consolidado no sistema jurídico internacional e largamente alçado à categoria de princípio, remonta à compreensão dos indivíduos como sujeitos do Direito Internacional em sua concepção contemporânea justamente em razão do fato de que o seu reconhecimento diz respeito à conquista da independência por povos que precisaram se mobilizar para se libertarem do controle externo das metrópoles, e, em outros contextos históricos, de regimes de governo que, ainda que sob pretextos, tenham se demonstrado nocivos à realização dos direitos individuais e das aspirações dos povos, sendo então seguro afirmar que, tal como a própria vigência do regime democrático, a promoção da democracia no sistema jurídico internacional também encontra raízes no ativismo popular.

3 Documento no qual, em 1941, o presidente estadunidense Franklin Roosevelt e o primeiro-ministro britânico Winston Churchill declararam conjuntamente e em nome de seus Estados o desejo comum de que não ocorressem mais alterações territoriais em desacordo com a vontade expressa dos povos, em um contexto de reação diplomática às notícias de invasões promovidas pela Alemanha nazista.

2. IDENTIDADES HISTÓRICAS E POLÍTICAS NO ORIENTE MÉDIO

Antes de prosseguir para a questão da aplicação das normas internacionais que versam sobre a democracia na Primavera Árabe, é necessário melhor compreender a construção da história política na região que culminou na situação atual dos regimes de governo na região, senão com vistas à contextualização que confere à situação contornos de violação de direitos, em razão da necessidade de se compreender as diferenças políticas e jurídicas resultantes da diversidade histórica e cultural que não se pode negar entre a perspectiva de mundo ocidentalizada e aquela praticada no Oriente Médio, ou em outras regiões do globo.

O Oriente Médio compreende uma vasta região que inclui a península arábica (Arábia Saudita, Omã, Iêmen, Catar, Bahrein, Emirados Árabes Unidos e Kuwait) e o crescente fértil (Egito, Israel/Palestina, Líbano, Síria e Iraque). Se ampliarmos para o conceito de Grande Oriente Médio, a região da Eurásia Central, Afeganistão, Paquistão e Norte da África seriam parte desta macrorregião (VISENTINI, 2014, p.3)

Além de grande extensão territorial, há uma grande diversidade étnica, religiosa, cultural e linguística que compõe este sistema. Há árabes, curdos, turcomanos, caucasianos, persas, *circassianos e chechenos como etnias. Muçulmanos,* drusos, alawitas, ismaelitas, gregos ortodoxos, sírios ortodoxos, coptas ortodoxos, assírios, católicos romanos do rito latino, maronitas, católicos gregos, coptas católicos, sírios católicos, caldeus católicos e protestantes, judeus, baha, shabak, mandeus, zoroastras, como exemplos de grupos religiosos (HOURANI, 1947, p.1-2)

O sistema no Império Otomano tinha como base para sua organização a religião e não a etnia, sendo que os muçulmanos eram o grupo dominante. Em certos momentos, minorias não muçulmanas eram mais beneficiadas que grupos islâmicos de etnias/línguas diferentes. Um exemplo disso é a proteção da comunidade judaica no Império Otamano, enquanto os curdos, ainda que uma parte seja muçulmana, eram perseguidos (HOURANI, 1947, p.1-2)

Os não muçulmanos *ahl al dhimma (*povo do Dhimmi) ou *al mu'âhidûn* (sob contrato) tinham direito à proteção e autonomia, conhecida como Dhimmi. Era conferido o direito de propriedade, isenção do zakat (imposto devido do muçulmano), igualdade na

legislação, liberdade religiosa, autonomia nos assuntos privados (jurídicos também). Em contrapartida, era instituída a *jizya*, espécie de taxa para proteção. Evidentemente que isto nem sempre foi a realidade vivenciada por minorias não islâmicas em comunidades muçulmanas, já que cada governante administrava seu território de acordo com os interesses próprios (HOURANI, 1947, p. 17)

No Líbano, por exemplo, o sectarismo é uma característica desta sociedade que se organiza de acordo com a diversidade religiosa. Durante o Mandato francês e até mesmo antes, inúmeros conflitos e tensões entre grupos étnicos e religiosos ocorreram (HOURANI, 1947, p.28). Ainda hoje há tensões e disputas no campo político até mesmo pela formação do sistema do Parlamento libanês com assentos para sunitas, xiitas, drusos, alawitas, cristãos maronitas, cristãos greco-ortodoxos, greco-católicos (melquitas), armênio-ortodoxos, armênio-católicos, protestantes, siríaco- ortodoxos, coptas, católicos romanos e judeus.

Na Síria, drusos e alawitas foram retirados de um acordo entre o França e os partidos nacionalistas sírios já no declínio do mandato francês. Em 1946, a independência da Síria contemplou minorias não muçulmanas, mas não reconheceu direitos às minorias islâmicas como curdos, drusos e alawitas (BELGE, KARAKOÇ, 2015, p.5). A situação foi revertida quando a minoria alawita ascendeu ao poder e permanece até hoje.

O Oriente Médio esteve por quase 5 séculos sob tutela da autoridade otomana e o esfacelamento deste regime, criou um vácuo de poder na região. A I Guerra já havia terminado, mas os interesses das potências europeias aumentava, principalmente com a descoberta de petróleo. França e Inglaterra dividiram a região do Levante em áreas de influência por meio do Acordo de Skykes Picot em 1916 (VISENTINI, 2014, p.8), preservando o antigo sistema otomano com garantia de não discriminação e liberdade de consciência, apesar de algumas vezes utilizar hostilidades locais para fomentar disputas territoriais e políticas como ocorreu na Síria e no Líbano.

Após a II Guerra Mundial e processo de formação de Estados Nacionais na região do Oriente Médio e Norte da África, houve o acirramento de tensões étnicas, linguísticas e religiosas na busca pela configuração de uma identidade nacional respectiva. Contudo, nem sempre essa identidade contemplava a diversidade da região, levando a inúmeros conflitos internos, incluindo disputas entre elites locais.

Entre os anos 1940 e 1950, os processos de independência abarcaram transformações políticas e acomodações internas, gerando novos centros de poder. Havia um interesse de desenvolver um projeto de integração regional, resultando na Liga Árabe em 1945. Em 10 de maio de 1945, a Liga Árabe é formalmente criada. Ela era na verdade uma organização regional institucionalmente fraca, mas que desempenharia papel relevante como veículo para cooperação nos campos político, econômico e cultural nas relações interárabes. A instituição também buscaria preservar a soberania dos Estados membros, e não assumiu as restrições colocadas pelo Protocolo de Alexandria acerca da condução da política externa dos Estados (ZAHREDINNE, TEIXEIRA, 2015, p. 78)

A balança de poder e as potências regionais vão se consolidando ao longo da Guerra Fria, destacando-se o Egito até os anos 60, Irã nos anos 70 e Iraque entre os anos 80 até o início dos anos 90 (ZAHREDINNE, TEIXEIRA, 2015, p.77). Contudo, a partir dos anos 90, com a nova ordem mundial e a hegemonia dos Estados Unidos como superpotência no Sistema Internacional, o Oriente Médio sofre diversas modificações e intervenções militares.

Vale ressaltar que desde o processo de desenvolvimento colonial no início do século XX, as independências e formação dos novos Estados, a criação do pan-arabismo como forma de nacionalismo no Oriente Médio e o início/término da Guerra Fria são fatores internos e internacionais que marcaram a região, ora aproximando os interesses das elites locais, ora afastando-os.

Os regimes na região foram marcados por autoritarismo, violações de Direitos Humanos, ausência de liberdades individuais, corrupção, nepotismo, elitismo, baixa governança e políticas públicas escassas. Além do cenário político e social desfavorável, a questão econômica com altos índices de inflação e desemprego, bem como a estagnação da economia, apenas agravavam a instabilidade no Oriente Médio. Tais regimes se tornam cada vez mais vulneráveis às mudanças, apesar do grande aparato coercitivo.

> Há, portanto, uma base econômica para a falta de democracia no mundo árabe. Mas ela é estrutural. Tem a ver com as formas como o petróleo distorce o Estado, o mercado, a estrutura de classes e toda a estrutura de incentivos [...]

> Os dois pilares-chave do autoritarismo árabe são políticos. Eles abrangem tanto os padrões e instituições pelas quais os regimes autoritários administram suas políticas e mantêm o poder, quanto as forças externas que ajudam a sustentar seu domínio. Essas estruturas e práticas autoritárias não são exclusivas do mundo árabe, mas os governantes árabes as elevaram a um alto grau de refinamento e as utilizam com extraordinária habilidade. Embora o típico Estado árabe não seja eficiente no dia a dia, sua *mukhabarat* (polícia secreta e aparelho de inteligência) normalmente é amplamente financiada, tecnicamente sofisticada, altamente penetrante, legalmente ilimitada e esplendidamente preparada para se beneficiar de uma extensa cooperação com instituições-pares da região e com agências de inteligência ocidentais. Em termos mais gerais, "esses Estados são os líderes mundiais em termos de proporção do PNB gasto em segurança (DIAMOND, p.26,2012)

A partir do final do ano de 2010, uma série de revoltas inicia-se concomitantemente nos Estados do norte da África e Oriente Médio. Tal movimento ficou conhecido como Primavera Árabe e ocorreu em diversos Estados entre eles: Tunísia, Egito, Líbia, Síria, Iêmen, Arábia Saudita, Iraque, Jordânia, Argélia, Omã, Bahrein, entre outros.

As chamadas autocracias, sistemas em que há eleições controladas e repressão seletiva do Estado não são mantidas quando a crise econômica assola a região. Além das questões internas, a Primavera Árabe tem uma dinâmica internacional, evidenciando uma erosão da legitimidade estatal e uma pressão das instituições financeiras internacionais pela adoção de políticas neoliberais com o crescimento da dependência de *comodities*.

O apoio externo aos regimes árabes, que historicamente vinha em parte da União Soviética e que agora vem principalmente da Europa e dos Estados Unidos, confere às autocracias árabes recursos econômicos fundamentais, assistência em matérias de segurança, e legitimidade política. (DIAMOND, 2012, p.29)

A Tunísia destacou-se como um caso de aparente sucesso da Primavera Árabe, já que implementou reformas constitucionais e mudanças políticas. Houve uma transição pacífica de poder e alternância nas eleições, incluindo melhora de índices de participação popular e de democracia.

Na verdade, o êxito da Tunísia foi facilitado por peculiar combinação de fatores que se apresentavam com alguma escassez em outros arcabouços sociais tais como: homogeneidade da sociedade; a diversidade dos movimentos civis organizados; influência do liberalismo europeu; nível cultural da população; e a moderação dos partidos islamistas (KALOUT, 2018, p.30-31)

Por outro lado, outros Estados do Oriente Médio incorreram em conflitos e até piora do regime após a Primavera Árabe. O Egito reprimiu com violência os protestos por mudanças, ocasionando uma contrarrevolução e a tomada do poder pelas forças armadas. A Síria sucumbiu a uma guerra civil com potencial internacionalização do conflito. Bahrein, Líbia e Iêmen imergiram em conflitos internos e regionais, com fragmentação territorial e insurgência de milícias.

O cenário atual apresenta um punhado de Estado falidos. Poucos foram os governos que após a erupção da "primavera árabe" lograram engendrar reformas sociais, políticas ou econômicas com vistas a cumprir com as necessidades e com as demandas de suas sociedades. A ausência de direitos políticos, o controle seletivo da liberdade de expressão, a inexistência de um sistema judiciário independente e transparente e o desrespeito aos direitos humanos, seguem sendo os catalisadores e a força-motriz da insatisfação popular (KALOUT, 2018, p.30).

Estes conflitos ainda surtem efeitos na região, tornando-a cada vez mais instável e suscetível de intervenção externa. São notórios os conflitos no Iêmen e na Síria, com inúmeras violações ao Direito Internacional, deslocamentos forçados, crimes de lesa humanidade e crimes de Guerra. Ademais, o crescimento no número de refugiados e solicitantes de refúgio de pessoas oriundas do Oriente Médio, sobretudo após o início da Primavera Árabe demonstram que a situação é grave e que se prolonga.

A Primavera Árabe, enquanto movimento social que clamava por mudanças nos regimes autocráticos no Oriente Médio, teve expressivo engajamento popular, sobretudo com

a utilização de novas tecnologias e das mídias sociais digitais para disseminar as práticas e causar efeito dominó. Destaca-se o caráter de difusão transnacional da Revolução, uma vez que houve a circulação de conteúdo, estratégias e diferentes formas de organização dos protestos.

Contudo, tal processo social fracassou, exceto pelo caso da Tunísia, justamente dada a complexidade de fatores endógenos e exógenos que compõem as estruturas sociais, econômicas, culturais e políticas no Oriente Médio.

O que parecia representar o fim de uma era totalitária com a derrocada de vários regimes ditatoriais, acabou, ao fim, culminando na restauração da velha ordem política e reinstalou no poder o antigo regime. Em alguns países, a luta pela democracia perdeu estruturalmente a sua intensidade; em outros; a luta feneceu. A lição remanescente dessa remota experiência, contudo, indica que o processo de democratização no mundo árabe tende a ser complexo, lento e gradual (KALOUT, 2018, p. 29)

Desta forma, a expectativa pela implementação de regimes democráticos na região sob a égide da Primavera Árabe não frutificou, sendo que o poder político na região, à exceção da Tunísia, mesmo que tenha sido modificado, não logrou se renovar, reconduzindo atores políticos previamente hegemônicos ao controle das tomadas de decisão nas sociedades, o que sugere a manutenção dos regimes autoritários vigentes anteriormente, ou a sua reconfiguração com contornos mais autoritários ou menos democráticos que o *status quo* anterior. Houve, por iniciativa dos governos, tanto antigos quanto recém instalados, o congelamento dos direitos políticos e das liberdades individuais, a repressão da liberdade de expressão e de imprensa, além da manutenção nas instituições públicas, frágeis e corrompidas, de graves violações de direitos humanos, tendo alguns casos culminado em conflitos armados, crimes de lesa humanidade, crimes de Guerra e violações ao Direito Internacional Humanitário.

3. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E A DEMOCRACIA NA PRIMAVERA ÁRABE

É possível estabelecer alguns padrões mínimos de garantia de direitos a partir da perspectiva do Direito Internacional no que tange à dignidade humana, autodeterminação

dos povos, a primazia dos Direitos Humanos e à democracia como um valor essencial no sistema internacional.

Os Direitos Humanos podem ser compreendidos como aqueles essenciais para assegurar o piso vital mínimo com dignidade. "Os direitos humanos apresentam uma característica peculiar: têm, frequentemente, uma formulação normativamente aberta" (RAMOS, 2016, p.49).

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos é intensificado após a II Guerra e como resultado da convergência de interesses no plano internacional, há a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948. Dada a universalidade dos Direitos Humanos, a proteção não pode estar limitada à jurisdição e à interpretação locais justamente por corresponder a um tema internacional que impacta a soberania dos Estados (RAMOS, 2016, p.68). Os Estados assumiram, a partir dali, a responsabilidade pela reparação de danos causados em decorrência do descumprimento de obrigações internacionais.

Durante a Primavera Árabe, as denúncias de graves violações de Direitos Humanos por parte do aparato coercitivo do Estado foram submetidas a Tribunais domésticos, regionais e até internacionais para apuração dos fatos e julgamento. A opressão política e uso de violência contra civis aviltaram a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, justiça e paz (PRAUST, 2013, p.4).

Para os fins deste estudo, destaca-se o caso da intervenção militar na Líbia e a investigação do ex-Presidente da Líbia, Muamar Gaddafi, pelo Tribunal Penal Internacional.

É possível verificar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) considera "ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão" (PRAUST, 2013, p.1). Nesse sentido, não há como negar que a dignidade humana é um preceito fundamental consubstanciado na DUDH.

Outro princípio fundamental do Direito Internacional, conforme mencionado, é o da autodeterminação dos povos, refletindo o reconhecimento de que "Todos os povos têm o direito de autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural" (PRAUST, 2013, p.4).

A negativa ou restrição de participação popular nos processos políticos pode acarretar violação deste princípio se há ação ou omissão do Estado ou a participação de atores não estatais na supressão deste direito. Nesse sentido, a DUDH estabelece que

> "A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto" (PRAUST, 2013, p.6).

Assim, a participação em processos políticos enseja também que seja de forma democrática como também estabelece a DUDH. Em 2005, por meio da Resolução nº 60, adotada pelas Nações Unidas no *World Summit* daquele ano, a comunidade internacional comprometeu-se a proteger os direitos humanos, o Estado de Direito e a Democracia como valores centrais (PRAUST, 2013, p. 7)

No caso da Líbia, o regime do ex-Presidente Gaddafi houve expressa ação para que os direitos humanos e princípios fundamentais fossem violados, sendo configurado por "não apenas negou democracia, direitos humanos e autodeterminação ao povo da Líbia, mas também envolvidos em assassinatos armados e ataques contra setores da população civil líbia que constituíam crimes de guerra e crimes contra a humanidade" (PRAUST, 2013, p.9)

O Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) encaminhou o caso líbio para investigação no Tribunal Penal Internacional por fatos ocorridos desde fevereiro de 2011 nas regiões de Trípoli, Benghazi e Misrata durante a Primavera Árabe.

Gize-se que, embora a Líbia não seja signatária do Estatuto de Roma, há previsão expressa no art. 13, b do exercício de jurisdição por meio de resolução do CSNU, de sorte que o inquérito foi instaurado em março de 2011 com esta fundamentação (ICC, 2019).

Naquela ocasião, foram alegados crimes de guerra (assassinato, tortura, tratamento cruel e ultrajes à dignidade pessoal) e crimes contra a humanidade (assassinato, prisão, tortura, perseguição e outros atos desumanos). A preocupação com a situação dos refugiados que fogem do conflito e dos feridos sem assistência médica configuram violações tanto ao Direito Internacional dos Refugiados, como ao Direito Internacional Humanitário.

> *[...] condenando a violência e o uso da força contra civis, deplorando a grave e sistemática violação dos direitos humanos, incluindo a repressão de manifestantes pacíficos, expressando profunda preocupação com a morte de civis e rejeitando inequivocamente o incentivo à hostilidade e violência contra a população civil, provenientes do mais alto nível do governo líbio ", então sob Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi (tradução nossa) (ICC, 2019)*

A Resolução 1970 (2011) do CSNU, além de relatar a situação líbia, prevê a proibição de viagem de membros da família Gaddafi e o congelamento de bens, bem como uma série de prescrições como o embargo de armas, remissão do caso ao Tribunal Penal Internacional e respeito aos direitos humanos e ao Direito Internacional Humanitário.

O mandado de prisão contra Muamar Gaddafi foi expedido em 16 de maio de 2011, não tendo sido, contudo, cumprido porque este foi morto em 22 de novembro de 2011. O caso segue em fase de instrução com relação aos coautores, entre eles, Saif al Islam Gaddafi, filho do ex-Presidente da Líbia (ICC, 2018)

A despeito de não haver uma decisão definitiva sobre o caso líbio, há um precedente importante de responsabilidade criminal individual pela repressão aos protestos na Primavera Árabe. O uso da força, da violência e de um aparato coercitivo por parte de um Estado durante um período manifestação popular traz consequências internas e internacionais, sobretudo quando está evidente que há violações dos padrões mínimos de Direitos Humanos.

Ainda que um movimento social, como foi a Primavera Árabe, não alcance seus objetivos esperados, é dever do Estado garantir a dignidade humana e liberdades democráticas.

CONCLUSÃO

Admitindo-se a pretensão de universalidade que permeia a construção das normas de Direito Internacional, em especial aquelas que versam sobre direitos humanos e sobre democracia, o Direito Internacional ainda enfrenta o paradoxal desafio de se prestar a servir bem a todos os povos simultaneamente diante da incontestável multiplicidade de culturas políticas e jurídicas que se apresentam como resultado da História das civilizações até o momento presente.

Tão longo quanto o caminho tratado pela civilização humana, atualmente forçadamente unificada em decorrência do tecnológico globalizante que sucedeu a segunda grande guerra, foi aquele traçado pelo Direito Internacional para se estabelecer como sistema jurídico perante os membros da sociedade internacional e, a partir do mesmo período, expandir seus horizontes e reconfigurar-se para melhor conduzir a humanidade no desenvolvimento pacífico das suas potencialidades.

É neste mesmo contexto do pós-guerras que se inserem as primeiras construções normativas internacionais dedicadas à proteção e à promoção da democracia, consubstanciado no direito à autodeterminação dos povos e dos direitos humanos.

Em que pese a inegabilidade das diferenças em concepções dos mais variados matizes que se observa entre o ocidente e o Oriente Médio, é possível afirmar que os povos desta região, tanto quanto os ocidentais e ocidentalizados, se preocupam com a durabilidade de seus direitos e com a capacidade do Estado de responder às suas demandas, o que, por si só, já habilita o debate sobre a democracia, seus valores e os direitos contidos nos seus ideais na região, ainda que seus regimes de governo possam não ser considerados democracias.

Ademais, a participação dos Estados do Oriente Médio nas organizações internacionais multilaterais também oferece aos seus povos ferramentas de Direito Internacional para lidar com os entraves apresentados por seus governos à realização dos seus direitos.

No contexto da Primavera Árabe, que, conforme descrito no segundo segmento deste estudo, resulta de um processo milenar de subjugação consecutiva dos povos árabes a governos ora estrangeiros, ora autoritários (tipo de regime cuja instalação, aliás, é historicamente típica em momentos de ruptura política e de conquista de independência, inclusive no ocidente, a exemplo da América Latina, no paradoxal compasso do fato de que o

anseio de liberdade dos povos, via de regra, se transfigura após a revolução em uma necessidade psicossocial de proteção contra interferências externas que conduz a estas circunstâncias), a democracia emerge como tema central das manifestações populares que clamavam por reformas nos regimes de governo dos Estados do Oriente Médio.

Enquanto movimento social, a Primavera Árabe não logrou como resultado, na prática, promover a pretendida reforma profunda dos sistemas políticos dos Estados do Oriente Médio, à exceção da Tunísia. Entretanto, as questões incidentes de Direito Internacional também se imprimem sobre a atuação dos chefes de governo em face das manifestações, no plano da realização material da democracia consubstanciada na observação dos direitos individuais que, conforme sabido, foram implacavelmente violados tanto na própria condução do Estado como, mais especificamente, na dura repressão imposta às manifestações populares.

Prova de que o Direito Internacional se presta à promoção da democracia e dos direitos humanos em todo o globo é o fato de que as autoridades do Oriente Médio estão, atualmente, respondendo pelas violações ao Direito Internacional praticadas no contexto da Primavera Árabe, o que reflete a situação da Líbia, para a qual o Tribunal Penal Internacional tem sido empregado para exigir explicações e reparações por parte da família que chefiava o governo e, portanto, foi responsável pelas violações em epígrafe.

BIBLIOGRAFIA

BELGE, Ceren. KARAKOÇ, Ekram. **Minorities in the Middle East: Ethnicity, Religion, and Support for Authoritarianism.** Political Research Quarterly, vol.*68*, n.2, p.280–292, 2015. Disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1065912915580627>. Acesso em 01 set. 2019

CARVALHO RAMOS, ANDRÉ DE. **CURSO DE DIREITOS HUMANOS.** 4ª ED. REV. ATUAL. E AMPL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2017. P. 913

DIAMOND, Larry. **Por quê não há democracias árabes?** Journal of Democracy. vol.1, n.2, out 2012. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/JD-v2_02-Larry_Diamond.pdf>. Acesso em 01 set 2019.

HOURANI, A.H. **Minorities in the arab world.** London: Oxford University Press, 1947.

ICC. International Criminal Court. **Libya.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/libya>. Acesso em 08 set. 2019.

____ **Case Information Sheet. Situation in Libya The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi.** 2018. Disponível em < https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/gaddafiEng.pdf>. Acesso em 08 set. 2019

GOOGLE. Google Trends. <https://trends.google.com.br/trends/explore?date=all&q=democracy>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

KALOUT, Hussein. Brasil e Oriente Médio: o poder da sociedade civil [recurso eletrônico] org. Álvaro Vasconcelos, Arlene Clemesha e Feliciano de Sá Guimarães. São Paulo: IRI-USP, 2018. Disponível em <http://143.107.26.205/documentos/eBook%20Brasil%20Oriente%20Medio%20Final.pdf>. Acesso em 01 set 2019.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e Transnormatividade.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

PRAUST, Jordan J. **International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring.** Cornell International Law Journal. vol. 46, n.1, 2013. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1802&context=cilj>. Acesso em 01 set. 2019

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada.** Volume II – As Questões Clássicas. AZEVEDO, Dinah de Abreu (trad.). São Paulo, Editora Ática, 1994.

VISENTINI, Paulo G. Fagundes. **O grande Oriente Médio: da descolonização à primavera árabe.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ZAHREDDINE, Danny; TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. **A ordem regional no Oriente Médio 15 anos após os atentados de 11 de Setembro.** Revista Sociologia Política Curitiba, v. 23, n. 53, p. 71-98, Mar. 2015. Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000100071&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 set. 2019.