



**REVISTA DE
DIREITO
BRASILEIRA**

BRAZILIAN JOURNAL OF LAW

Ano 3 • vol.6 • set-dez./ 2013

Quadrimestral - Florianópolis/SC

www.rdb.org.br



**REVISTA DE
DIREITO
BRASILEIRA**

BRAZILIAN JOURNAL OF LAW

Ano 3 • vol.6 • set-dez./ 2013

Quadrimestral - Florianópolis/SC

www.rdb.org.br

Coordenação e Editor/Coordination and Publisher

Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE; PUC-SP

Coordenadores-adjuntos/Assistant coordinators

Adriana Silva Maillart – UNINOVE/SP/BRASIL

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – UNINOVE/SP/BRASIL

Comitê de Política Editorial/Editorial Policy Committee

Cesar Augusto de Castro Fiuza – CONPEDI

Pablo Malheiros – CONPEDI

Gilmar Ferreira Mendes – (IDP, Brasília/DF- BRASIL)

Paulo Gustavo Gonet Branco – (IDP, Brasília/DF- BRASIL)

Aires José Rover – (UFSC- Florianópolis/SC- BRASIL)

Orides Mezzaroba – (UFSC- Florianópolis/SC- BRASIL)

Lilia Malia Morais Sales – (UNIFOR- Fortaleza/CE- BRASIL)

Gina Vidal Marcílio Pompeu – (UNIFOR- Fortaleza/CE- BRASIL)

CONSELHO CIENTÍFICO/SCIENTIFIC COUNCIL

Alcindo Fernandes Gonçalves – UNISANTOS

Alexandre Coutinho Pagliarini – UNIT

Alexandre de Moraes – USP

Alexandre Walmott Borges – UFU

Ana Candida da Cunha Ferraz – UNIFIEO

André Luis Callegari – Unisinos

Ángel Oquendo – University of Connecticut
Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Antonio Carlos Wolkmer – UFSC
Antônio de Moura Borges – UCB
Angelo Schillaci - Università di Roma
Argemiro Cardoso Martins – UnB
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – UFRGS
Carlos Alberto Rohrmann – FDMC
Carlos Ayres Brito – UFS
Caroline Proner – UNIBRASIL
Celso Antonio Pacheco Fiorillo – FMU
Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR
Daury Cesar Fabríz – FDV
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo – FDSM
Eduardo Vera Cruz – Universidade Clássica de Lisboa
Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB
Fernando Borges Araujo – Universidade de Lisboa
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti – UFPE
Francisco Fernandez Segado – Universidad Complutense de Madrid
Francisco Rezek – UNICEUB
George Sarmiento – UFAL
Giordano Bruno Soares Roberto – UFMG
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka – FADISP
Hector Fix-Zamudio – Universidade do México
Ingo Wolfgang Sarlet – PUC-RS
Ives Gandra da Silva Martins – UPM
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – UFPR
Javier Chinchón Álvarez – Universidad Complutense de Madrid
João Grandino Rodas – USP
João Luis Nogueira Matias – UFC
João Marcelo De Lima Assafim – UCAM
João Maurício Adeodato – UFPE
João Paulo Fernandes Allain Teixeira – UNICAP
Jorge Bacelar Gouveia – Universidade Clássica de Lisboa
Jorge Carlos Fonseca – Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde

Jorge Douglas Price – Universidade de Comahue
Jorge Miranda – Universidade Clássica de Lisboa
Jorge Renato dos Reis – UNISC
José Afonso da Silva – USP
José Antônio Peres Gediel – UFPR
José Eduardo Cardoso – PUC/SP
José Francisco Siqueira Neto – UPM
José Manoel Arruda Alvim Neto – PUC/SP
José Sebastião de Oliveira – CESUMAR
Julia Ximenes - IDP
Jussara Maria Moreno Jacintho – FUFSE
Kafft Kosta – Faculdade de Direito de Bissau
Lafayette Pozzoli – FEESR e PUC/SP
Leandro Martins Zanitelli – UNIRITTER
Lenio Luiz Streck – UNISINOS
Leonardo Macedo Poli – PUC/MG
Luana Pedrosa – UI
Luis Edson Fachin – UFPR
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – UNESA
Luís Roberto Barroso – UFRJ
Luiz Alberto David Araujo – PUC/SP
Luiz Fux – UFRJ
Manoel Gonçalves Ferreira Filho – USP
Marcio Tomaz Bastos – USP
Marcelo Cottoni –UFMG
Marcelo Dias Varella – UNICEUB
Marcelo Galupo – PUC/MG e UFMG
Marcelo Neves – UNB
Marcia Carla Pereira Ribeiro – PUC/PR
Marco Aurelio de Mello – UNB
Margareth Leister – UNIFIEO
Margarida Lacombe Camargo – UFRJ
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega – UFG
Maria de Fátima Ribeiro – UNIMAR
María Méndez Rocasolano – Unviversidade Católica de Murcia (UCAM)
Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Maria Stella Faria de Amorim – UGF
Maria Rosaria Barbato- UFMG
Markus Kotzur – Universidade de Leipzig
Marlene Kempfer Basoli – UEL
Menelick de Carvalho Neto – UNB
Michel Temer – PUC/SP
Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis – UNIMEP
Monica Herman Salem Caggiano – USP e UPM
Mônica Neves Aguiar da Silva – UFBA
Nelson Jobim – UFSM
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho – UNIPAC
Pablo Lucas Verdu (in memorian) – Universidade Complutense de Madrid
Paulo de Barros Carvalho – PUC/SP e USP
Paulo Bonavides – UFC
Paulo César Corrêa Borges – UNESP
Paulo Ferreira da Cunha – Universidade do Porto
Paulo Márcio Cruz – UNIVALI
Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA
Peter Häberle – Universidade de Bayreuth
Raffaele De Giorgi – Universidade de Lecce
Ricardo Hasson Sayeg – PUC/SP
Robert Alexy – Universidade xe Kiel
Rogério Dutra dos Santos – UFF
Ronald Dworkin – University College London (in memorian)
Ruth Maria Chittó Gauer – PUC/RS
Sérgio Augustin – UCS
Serguei Aily Franco de Camargo – UEA
Thomas Buergethal – George Washington Law School (Washington); American University (Washington)
Valerio de Oliveira Mazzuoli – UFMT
Valesca Raizer Borges Moschen – UFES
Vicente de Paulo Barretto – UNESA
Virgilio Afonso da Silva – USP
Viviane Séllos – UNICURITIBA
Willis Santiago Guerra Filho – UNIRIO; PUC/SP
Zeno Veloso – UFPA

MEMBROS NATOS DO CONPEDI

Marcelo Campos Galuppo (2007-2009)

Raimundo Juliano Feitosa (2003-2007)

Leonardo Grecco (2000-2003)

Jose Ribas Vieira (1997-2000)

José Alfredo Baracho (1992-1997) (*in memoriam*)

APOIO

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARIANA – UFSC
UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

www.conpedi.org.br
Caixa Postal 5107 – Trindade
Florianópolis/SC – CEP 88040-970
Fone: (48) 3334-3077

REVISTA DE
DIREITO
BRASILEIRA

BRAZILIAN JOURNAL OF LAW

Ano 3 • vol. 6 • set-dez./ 2013

Quadrimestral - Florianópolis/SC

www.rdb.org.br

Coordenação e Editor/Coordination and Publisher

Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE; PUC-SP

Coordenadores-adjuntos/Assistant coordinators

Adriana Silva Maillart – UNINOVE

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – UNINOVE

Publicação oficial do

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI



ISSN 2237-583X

**REVISTA DE
DIREITO
BRASILEIRA**

BRAZILIAN JOURNAL OF LAW

Ano 3 • vol.6 • set-dez. / 2013

Quadrimestral - Florianópolis/SC

www.rdb.org.br

Coordenação e Editor/Coordination and Publisher

Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE; PUC-SP

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição do CONPEDI

LINHA EDITORIAL

MISSÃO: A *Revista de Direito Brasileira – Brazilian Journal of Law* tem como missão precípua fomentar o estudo das questões mais relevantes que envolvem a jurisdição constitucional tanto em âmbito nacional quanto internacional.

Foco: A *Revista de Direito Brasileira – Brazilian Journal of Law* tem interesse na publicação de artigos científicos, jurisprudência comentada, resenhas de obras jurídicas, legislação nacional, estrangeira ou internacional comentada e pareceres. São aceitas colaborações do Brasil e do Exterior, no campo da jurisdição constitucional. São incentivadas a pluralidade de abordagens e perspectivas. Em virtude da amplitude do tema da jurisdição constitucional, a Revista abarca um espectro amplo de subdomínios de conhecimento, perspectivas e questões.

SUBMISSÃO: Os trabalhos devem ser encaminhados à Redação pela internet pelo *e-mail* [rdb@conpedi.org.br]. Os artigos deverão estar em duas línguas: inglês/espanhol ou inglês/português. Os artigos obedecerão às regras da ABNT e deverão possuir os seguintes requisitos: (a) ser inédito; (b) conter resumo na língua portuguesa ou espanhola e inglesa com no mínimo 100 palavras e no máximo 250 palavras; (c) conter no mínimo 03 palavras-chave e no máximo 5 na língua portuguesa ou espanhola e inglesa (separada por ponto); (d) desenvolvimento e referências; (e) possuir de 15 a 30 laudas no formato Word (A4, posição vertical; Fonte: Times New Roman; Corpo: 12; Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas; Entre linhas: Espaçamento um e meio; Espaçamento simples entre as linhas do resumo em português ou espanhol e inglês; Parágrafo: 1,5 cm; Margem: superior e esquerda – 3 cm; Inferior e direito – 2 cm); (f) as citações devem obedecer às regras da ABNT (NBR10520/2002); (g) as referências devem ser conforme a ABNT (NBR 6023/2002); (h) o sistema de chamada das referências das citações diretas ou/e indiretas pode ser autor-data ou numérico (NBR 10520/2002). As notas de rodapé, se necessárias, devem ser somente explicativas (NBR 6022/2003) e (i) conforme a NBR 6024/2003, os títulos, subtítulos e sub-subtítulos devem ser alinhados à esquerda e conter um texto relacionado com eles;(f) o arquivo contendo o artigo deve ser enviado em formato word..

INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE: Os artigos submetidos à publicação na *Revista de Direito Brasileira/Brazilian Journal of Law* devem ser inéditos e não devem estar

sendo considerados por outro periódico. Para garantir o ineditismo das publicações todos artigos aprovados serão registrados no sistema *Digital Object Identifier – DOI*.

AValiação: O processo de avaliação de artigos submetidos à Publicação na Revista de Direito Brasileira/ *Brazilian Journal of Law* consiste em duas etapas: uma avaliação preliminar, que examina a adequação do trabalho à linha editorial da Revista e seu potencial para publicação, e uma avaliação duplo-cega. No sistema *Double Blind Peer Review* o artigo é avaliado por doutores em Direito que desconhecem os autores, assim como estes desconhecem os seus avaliadores. A avaliação ocorre, necessariamente, por no mínimo dois pareceristas *ad hoc* (avaliadores). Todavia caso haja discrepância superior a 3 (três) pontos (avaliação de zero a dez) ocorrerá uma terceira avaliação. Importante destacar, que os avaliadores da RDB são professores de programas de mestrado e doutorado em Direito e foram (e continuarão sendo) indicados pelos coordenadores dos programas de pós-graduação em direito de todo o Brasil. A avaliação dos trabalhos implica na realização de comentários e no oferecimento de sugestões, bem como reavaliações contínuas, no intuito de reunir esforços para com vistas ao aprimoramento dos artigos. O Comitê de Política Editorial pode acrescentar às sugestões dos revisores um aconselhamento editorial, cujo objetivo é adequar o artigo aos padrões da revista.

PREPARAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO: Após a aprovação do artigo ele é submetido à edição final e à revisão técnica, ortográfica e gramatical.

DIREITOS AUTORAIS: Os direitos patrimoniais dos artigos aceitos para publicação, inclusive de tradução passam a ser de propriedade do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. É permitida a citação parcial de artigos publicados, sem autorização prévia, desde que seja identificada a fonte. A reprodução total de artigos é proibida. Em caso de dúvidas, solicitamos consultar o Comitê de Política Editorial (revistardb@gmail.com).

AVALIADORES AD HOC

A redação da *Revista de Direito Brasileira/Brazilian Journal of Law* agradece a todos os avaliadores que gentilmente colocaram sua experiência e seus conhecimentos a serviço da busca da melhoria dos trabalhos acadêmicos publicados.

Aguinaldo Alemar (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Alberto Jorge Correia (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Adualdo de Lima Catão (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Aldacy Rachid Coutinho (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)
Adegnar José Ferreira (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Alessandra Marchioni (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Alexandre Belmonte (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Alexandre Travessoni (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Alexandre Walmot Borges (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Aloízio Gonzada Andrade Araújo (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Altamirando Pereira Da Rocha (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Alvaro Felipe da Rocha (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Álvaro Borges de Oliveira (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci (UNINOVE/SP- Brasil)
Ana Candida da Cunha Ferraz (UNIFIEO, Osasco/SP – Brasil)
Ana Paula Ávila (UNIRITTER, Porto Alegre/RS – Brasil)
Anderson Rosa Vaz (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
André Cordeiro Leal (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Andre Lipp Pinto Basto Lupi (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Andrea Borghi Moreira Jacinto (UEA, Manaus/AM – Brasil)
André Leonardo Copetti Santos (URI, Erechim/RS – Brasil)
Andreas Krell (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Antônio Alberto Machado (UNESP, Franca/SP – Brasil)
Antônio Gaio (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Antonio Celso Alves Pereira (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Antônio José Avelãs Nunes (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)
Arnaldo Bastos Santos Neto (UFG, Goiânia/GO – Brasil)

Arno Wehling (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Aury Celso de Lima Lopes (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Belinda Cunha (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Bethânia de Albuquerque Assy (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Caitlin Sampaio Mulholland (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Camila Barreto (PUC-SP, São Paulo/SP- Brasil)
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (UNESP, Franca/SP – Brasil)
Carlos Eduardo Japiassú (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Carlos José Cordeiro (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Carlos Molinaro (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Caroline Proner (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Carmen Beatriz de Lemos Tibúrcio Rodrigues (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
César Augusto Fiúza, (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Christian Edward Cyrill Lynch (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Claudia Maria Barbosa (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)
Claudio Pereira de Souza Neto (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Cleyson Mello (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Cristiano Gomes De Brito (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Cristina Zainaghi (UNINOVE/SP – Brasil)
Danielle Andrade Moreira (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Danielle Anne Pamplona (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)
Débora Gozzo (UNIFEO, Osasco/SP – Brasil)
Denise Fincato (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Edihermes Marques Coelho (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Edinilson Donisete Machado (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Edson Damas da Silveira (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Eduardo Goulart Pimenta (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Egon Bockman Moreira (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)
Eid Badr (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Elaine Macedo (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Elena de Carvalho Gomes (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Eliane Maria Octaviano Martins (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Elisabete Maniglia (UNESP, Franca/SP – Brasil)
Enoque Feitosa (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)

Estefânia Maria De Queiroz Barboza (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Eriberto Francisco Bevilaqua Marin (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Ernesto Pimentel Filho (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Eroulths Cortiano Junior (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)
Fabio Corrêa Souza de Oliveira (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Fábio Carvalho Leite (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Fabio Roberto D'Avila (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Fabricio Macedo Motta (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Fernando Antonio Vasconcelos (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Fernando Fernandes da Silva (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Francisco de Guimaraens (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Flávia Piva Almeida Leite (FMU-SP, São Paulo/SP- Brasil)
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Frederico Wildson Dantas (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Frederico da Costa Carvalho Neto (UNINOVE/SP- Brasil)
Frederico De Andrade Gabrich (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Gabriel Ivo (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
George Sarmento (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Gilberto Marcos Antonio Rodrigues (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Gilberto Passos de Freitas (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Gilberto Sturmer (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Giovani Agostini Saavedra (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Girolamo Domenico Treccani (UFPA, Belem do Para/PA – Brasil)
Gisele Guimarães Cittadino (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Gustavo Rabay Guerra (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Gustavo Sampaio Teles Ferreira (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Henrique Macedo Hinz (UNIMEP Piracicaba/SP – Brasil)
Hilário De Oliveira (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Irene Patrícia Nohara (UNINOVE/SP- Brasil)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)
Jairo José Gênova (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Jete Jane Fiorati (UNESP, Franca/SP – Brasil)
João Baptista Villela (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)

João da Cruz Gonçalves Neto (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
João Miguel da Luz Rivero (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)
João Ricardo Wanderley Dornelles (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Jorge Luis Mialhe (UNIMEP Piracicaba/SP – Brasil)
José Antônio Peres Gediel (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)
José Augusto Fontoura Costa (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
José Carlos Moreira (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
José Ernesto Pimentel Filho (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
José Eustáquio Romão (UNINOVE/SP- Brasil)
José Fernando Vidal de Souza (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)
José Heder Benatti (UFPA, Belem do Para/PA – Brasil)
Josemar Sidinei Soares (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
José Maria Rosa Tesheiner (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
José Renato Martins (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)
Juarez Estevam Xavier Tavares (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Lafayette Pozzoli (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Larissa Liz Odreski Ramina (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Larissa Pinha de Oliveira (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Lenio Luiz Streck (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Leandro Marins Zanitelli (UNIRITTER, Porto Alegre/RS – Brasil)
Leonardo Isaac Yarochevsky (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Leonardo Nemer Caldeira Brant (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Letícia de Campos Velho Martel (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Lorena de Melo Freitas (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Luciene Dal’Ri (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Luciano Feldens (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Lúcio Antônio Chamon Jr. (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Luis Henrique Barbante Franze (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Luís Rodolfo de Souza Dantas (UNIFIEO, Osasco/SP – Brasil)
Luiz Alberto Blanche (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)
Luiz Antônio Soares Hentz (UNESP Franca/SP – Brasil)
Luis Carlos Balbino Gambogi (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Luiz Carlos Figueira De Melo (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Luiz Carlos Falconi (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Luiz Magno Pinto Bastos Junior (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)

Manoel Cavalcante (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Manoel Alexandre Belo (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Maitê Cecília Fabbri Moro (UNINOVE/SP- Brasil)
Marcelo Lamy (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Marcelo Maciel Ramos (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Marcelo Benacchio (UNINOVE/SP- Brasil)
Márcia Nina Bernardes (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Marcia Carla Pereira Ribeiro (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)
Marciano Seabra de Godoi (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Márcio Alexandre Da Silva Pinto (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Marcio Antonio Teixeira (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Marco Aurélio Nogueira (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Marcos Augusto Maliska (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Marcos Bernardes de Mello (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Marcos Leite Garcia (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Marcos Simão Figueiras (UNESP, Franca/SP – Brasil)
Maria Áurea Baroni Cecato (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Maria Amália de Figueiredo Alvarenga (UNESP, Franca/SP – Brasil)
Maria Cecília Máximo Teodoro (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Maria Cristina Carmignani (UNIFIEO, Osasco/SP – Brasil)
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Maria Luiza Machado Granziera (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Maria Nazareth da Penha Vasques Mota (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Maria Tereza Dias (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Mario Furlaneto Neto (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Marisa Rossinholi (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Maurício de Albuquerque Rocha (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Mauricio Mota (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Mirta Gladys Lerena Misailidis (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)
Mônica Bonetti Couto (UNINOVE/SP- Brasil)
Nádia de Araújo (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Nelson Finotti Silva (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Nereu José Giacomolli (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Ney Fayet de Souza (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Nilton Cesar Flores (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Noel Struchiner (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)

Norma Sueli Padilha (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)
Octavio Campos Fischer (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Oswaldo Giacoia Junior (UNIVEM Marília/SP – Brasil)
Ozorio Jose de Menezes Fonseca (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Paulo César Corrêa Borges (UNESP, Franca/SP – Brasil)
Paulo Fernando de Britto Feitoza (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Paulo Ricardo Schier (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Paulo Vinicius S. de Souza (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Pedro Henrique Nogueira (UFAL, Maceio/AL – Brasil)
Pedro Sergio dos Santos (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Rabah Belaidi (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Rafael Iorio (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Raphael Frattari Bonito (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Raquel Cristina Ferraroni Sanches (UNIVEM Marília/SP – Brasil)
Renata Ribeiro Rolim (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Regina Ruaro (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Ricardo Aronne (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Ricardo Lobo Torres (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Ricardo Stanziola Vieira (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)
Renato Bernardi (UNIVEM,, Marília/SP – Brasil)
Ricardo Waldman (UNIRITTER, Porto Alegre/RS – Brasil)
Richard Paulro Paes Kim (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)
Roberto Brocanelli Corona (UNESP, Franca/SP – Brasil)
Roberto Kant de Lima (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Rodrigo Almeida Magalhães (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Rodrigo Sanchez Rios (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)
Rodrigo Xavier Leonardo (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)
Rodolfo Viana Pereira (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Rômulo Palitot Braga (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)
Ronaldo Brêtas de C. Dias (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Rosalice Fidalgo Pinheiro (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)
Rosemiro Pereira Lea (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Rubens Valtecídes Alves (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Rúbia Carneiro Neves (UFMG, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Rui Décio Martins (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)

Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho (UNINOVE/SP- Brasil)
Sandro Nahmias Melo (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches (UNINOVE/SP- Brasil)
Sergio G. Porto (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Sérgio Mendes Botrel Coutinho (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)
Shirlei Silmara De Freitas Mello (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Simone Silva Prudêncio (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)
Thadeu Weber (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)
Thereza Christina Nahas (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)
Valentina Jungmann Cintra (UFG, Goiânia/GO – Brasil)
Valmir César Pozzetti (UEA, Manaus/AM – Brasil)
Vanice Lirio do Valle (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Vladimir Garcia Magalhães (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)
Vicente de Paulo Barretto (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Vinicius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)
Victor Hugo Tejerina Velazquez (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)
Wagner Luiz Menezes Lino (UNINOVE/SP- Brasil) Yvete Flávio da Costa (UNESP, Franca/SP – Brasil)

EDITORIAL

A *Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal Of Law) – RDB* é uma publicação quadrimestral e oficial do CONPEDI, que visa fomentar o estudo das questões mais relevantes que envolvem a jurisdição constitucional tanto em âmbito nacional quanto estrangeiro. Neste sentido, procura-se estudar os principais temas do Direito Contemporâneo de modo reflexivo e dialético. Objetiva-se criar um campo vasto de discussão e aproximação do Direito interno e internacional, propiciando um intercâmbio de informações e soluções sobre as mais diversas questões jurídicas situadas no âmbito da jurisdição constitucional. Tem como finalidade oferecer aos estudiosos do Direito uma visão atualizada dos principais temas das Cortes Constitucionais, buscando aproximar a teoria da prática.

Para tanto, o periódico traz artigos doutrinários inéditos, nacionais e estrangeiros, sendo 20% dos artigos enviados, a cada edição, por autores convidados de significativo conhecimento do tema, tanto de âmbito nacional quanto internacional. Já os artigos restantes passam necessariamente pelo sistema *Double Blind Peer Review*, em que o artigo é avaliado por Doutores em Direito que desconhecem os autores, assim como estes desconhecem os seus avaliadores. A avaliação ocorre, necessariamente, por no mínimo dois pareceristas *ad hoc* (avaliadores). Todavia, caso haja discrepância superior a três pontos (avaliação de zero a dez), ocorrerá uma terceira avaliação. Importante destacar, que os avaliadores da *RDB* são professores de programas de Mestrado e Doutorado em Direito e foram (e continuarão sendo) indicados pelos coordenadores dos programas de Pós-graduação em Direito *stricto sensu* de todo o Brasil, reconhecidos pela CAPES/MEC.

Para se evitar o plágio, assim como artigos não inéditos entre outros problemas, mas, principalmente, para garantir a longevidade das publicações e facilitar a sua identificação no meio eletrônico, todos os artigos aprovados serão registrados no sistema *Digital Object Identifier – DOI*.

A *RDB* terá sempre uma versão impressa e outra eletrônica, sendo que na versão *on-line* os artigos estão em duas línguas: inglês/espanhol ou inglês/português. Os artigos obedecerão às regras da ABNT e deverão possuir os seguintes requisitos: (a) ser inédito; (b) conter resumo na língua portuguesa ou espanhola e inglesa com no mínimo 100 palavras e no máximo 250 palavras; (c) conter no mínimo três palavras-chave e no máximo cinco na língua portuguesa ou espanhola e inglesa (separadas por ponto); (d) desenvolvimento e referências; (e) possuir de 15 a 30 laudas

no formato Word (A4, posição vertical; fonte: Times New Roman; corpo: 12; alinhamento: justificado, sem separação de sílabas; entre linhas: espaçamento um e meio; espaçamento simples entre as linhas do resumo em português ou espanhol e inglês; parágrafo: 1,5 cm; margem: superior e esquerda – 3 cm; inferior e direito – 2 cm); (f) as citações devem obedecer às regras da ABNT (NBR10520/2002); (g) as referências devem ser conforme a ABNT (NBR 6023/2002); (h) o sistema de chamada das referências das citações diretas ou/e indiretas pode ser autor-data ou numérico (NBR 10520/2002). As notas de rodapé, se necessárias, devem ser somente explicativas (NBR 6022/2003) (i) conforme a NBR 6024/2003, os títulos, subtítulos e sub-subtítulos devem ser alinhados à esquerda e conter um texto relacionado com eles; e j) o arquivo deve ser enviado em formato *word*.

Há que se destacar ainda que em cada edição poderão ser criteriosamente selecionados acórdãos, de inteiro teor, pelos editores e membros do comitê de política editorial, com o máximo de seis meses de publicação e acompanhados de uma resenha do julgado. Poderão constar também de cada edição, resenhas de obras jurídicas, legislação nacional, estrangeira ou internacional comentada e pareceres.

Importante destacar que após intenso trabalho nas primeiras três edições a RDB foi classificada como B1 pela Qualis/CAPES/MEC.

A RDB divide-se em uma Parte Geral, no qual são abordados temas genéricos e relevantes da justiça constitucional, e uma Parte Especial, que versa sobre temas específicos, divulgados por edital em chamadas públicas. Nesta quinta edição, o tema específico escolhido é o “Direito das Minorias”, tendo em vista a relevância da matéria para a busca de uma sociedade justa e solidária.

A RDB divide-se em uma Parte Geral, no qual são abordados temas genéricos e relevantes da justiça constitucional, e uma Parte Especial, que versa sobre temas específicos, divulgados por edital em chamadas públicas. Nesta sexta edição, o tema específico escolhido é o “Poder Judiciário”, tendo em vista a relevância da matéria para a busca de uma sociedade justa e solidária.

O primeiro tema abordado, por Aline Aparecida Santos Costa e Cesar Calo Peghini, é a análise dos novos, os velhos conteúdos e contextos comprobatórios frente à instauração de um processo e a possibilidade da aplicação por ofício pelo magistrado da inversão do ônus, naquilo que a parte impetrante embora alegue, não tenha condição de fazê-la, senão pela parte adversa, sem deixar de observar os ditamente principiológicos constitucionais, em especial o acesso à justiça.

Já Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci e Queila Rocha Carmona dos Santos abordam questões atinentes ao direito como perspectiva de segurança frente

aos riscos que o constante desenvolvimento tecnológico proporciona, ameaçando de modo global à sociedade. Refletem sobre alguns dos desafios globais deste século como, por exemplo, o modelo de cidadania e de utilização do espaço público, compreendendo que repensar as formas de regulação da sociedade pelo Direito é uma necessidade que se impõe.

Alexsandro Rahbani Aragão Feijón e Tayssa Simone de Paiva Mohana Piniheiro em seu artigo verificam os efeitos do controle de convencionalidade na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Já Daniela da Rocha Brandão em seu artigo trata do objetivo do Tribunal de Justiça da União Europeia que é o de contribuir para a implementação, a uma só voz, dos valores highest de Tratados da União Europeia. Ela visa a demonstrar o funcionamento do Tribunal, principalmente sobre a ação de seus métodos, a fim de colocar em vigor a legislação da União Europeia. O Tribunal de Justiça interpreta a legislação da UE para se certificar de que é aplicado da mesma forma em todos os países da UE.

Gina Vidal Marcílio Pompeu e Adriana Rossas Bertolini analisam os efeitos dos modelos econômicos de Breetton Woods e do Consenso de Washington sobre o constitucionalismo brasileiro com vistas a compreender as inferências jurídicas, políticas, econômicas e sociais advindas da transição do modelo de Estado interventor, mínimo e regulador. Érica Guerra da Silva, por sua vez, em seu texto objetiva demonstrar que o empresário através da observância da obrigação constitucional permite que o Estado realize justiça social. Para alcançar esse propósito ela busca fundamento teórico na Constituição da República e na legislação nacional.

Henrico César Tamiozzo e Marlene Kempfer analisam a importância do Pacto Global como paradigma internacional de sustentabilidade empresarial quando trata do princípio anticorrupção e a resposta normativa brasileira a este princípio. Além das condutas tipificadas pelo Código Penal Brasileiro, a corrupção tem tratamento jurídico na Lei de Licitações, Lei de Improbidade Administrativa e a atual Lei 12.846, de agosto de 2013, esta considerada como um importante marco no combate e prevenção da corrupção

Bruno Ceren Lima e Lucas Emanuel Ricci Dantas iniciam uma discussão sobre o novo código de processo civil e as possíveis mudanças que com ele aconteceu na prática jurídica, entendendo que tais mudanças servem para efetivar a cidadania no Brasil e dar maior credibilidade a justiça, nesse diapasão estudam a emancipação que deve ocorrer na sociedade em relação aos direitos sociais e individuais de cada cidadão, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais do atual Estado Democrático De Direito.

Júlia Izabel BarretoEtinger e Martha Franco Leite em seu texto definem o modo pelo qual a efetividade possa ser realmente aplicada na dinâmica processual, principalmente no que se refere às tutelas jurisdicionais concedidas. Para tanto, são expostas algumas situações que dizem respeito ao processo e esbarram na sua efetividade. Ao mesmo tempo, tratam da questão da efetividade que tem extrema pertinência no atual contexto de renovação do Processo Civil para que seja possível repensar o sentido do instrumento que é o processo.

José Renato Gaziero Cella e Luana Aparecida dos Santos Rosa buscam entender o controle social e os desdobramentos do poder na denominada Sociedade da Informação, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, uma vez que o avanço da técnica, com o surgimento da internet, é significativo na história das comunicações em termos de agilidade e rapidez.

Tagore Trajano de Almeida Silva elabora um panorama do ensino do Direito Animal no mundo ocidental. O debate moral iniciado na filosofia foi absorvido por diversos sistemas jurídicos através do seu corpo docente e discente, criando uma atmosfera adequada para repensar a teoria do direito e seus sujeitos. Através da visualização das diversas experiências pedagógicas existentes ao redor do planeta, busca definir o atual estágio de desenvolvimento da matéria no Brasil.

Leandro Reinaldo da Cunha e Terezinha de Oliveira Domingos abordam a reprodução humana assistida considerando a recente Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Já Francisco Luiz Fernandes em seu artigo propõe uma reflexão sobre a possibilidade jurídica de utilização de um supraprincípio na seara do direito público que englobe em seu conceito os princípios basilares do direito público que são: princípio da legalidade, da moralidade, publicidade e eficiência.

Na parte especial desta edição que trata do Poder Judiciário Cleiton de Campos e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug examinam o princípio da eficiência e a reforma do Poder Judiciário, tendo em vista a sua aplicação na administração da justiça. Busca-se verificar se a Reforma do Poder Judiciário propiciou uma maior aplicação do princípio da eficiência na administração da justiça e via de consequência a garantia de uma razoável duração do processo.

Déborah Leite da Silva e Walter Nunes da Silva Júnior discutem a efetivação da dignidade humana e da igualdade material no contexto processual, para tanto analisam as inovações impulsionadas pela necessidade de dar concretude a tão relevantes princípios no contexto da realidade brasileira, dentre as quais se destaca a criação, levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle externo do Poder Judiciário e de cunho administra-

tivo-constitucional.

Fernanda Estevão Picorelli, por fim, trata da jurisdição, tradicionalmente conectada à prestação outorgada à sociedade pelo braço Judiciário do Estado, vem exigindo profunda atualização em seu significado, dado que sua acepção corrente, atrelada à singela aplicação da lei aos fatos da lide, hoje está defasada e é insuficiente, cedendo espaço à concepção de que o direito há de se ter como realizado quando um conflito é prevenido ou solucionado de modo eficaz e eficiente. Este desiderato pode ser alcançado por meio da Justiça oficial, desde que haja uma mudança de paradigmas e seja adotada uma política judiciária que seja fulcrada na gestão da qualidade.

Por fim, gostaríamos de agradecer a todos os autores que colaboraram nesta sexta edição, bem como aos pareceristas que levaram a efeito a criteriosa avaliação dos artigos.

A todos desejamos uma excelente leitura!

Vladmir Oliveira da Silveira
Coordenador

SUMÁRIO

EDITORIAL	20
-----------------	----

PARTE GERAL
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

1. TEORIA DA DIVISÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO FORMA DE ATENDIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA	38
---	-----------

Recebido em: 02.02.2013 Aprovado em: 01.05.2013

Aline Aparecida Santos Costa

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Escola Paulista de Direito.

E-mail: aline@peghini.com.br

Cesar Calo Peghini

Doutorando em Direito pela PUC/SP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, Curso de Extensão em Direito Imobiliário pela Faculdade Autônoma de Direito - Fadisp, Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Escola Paulista de Direito, Pós-graduado (LLM) em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino e Mestrado pela Faculdade Autônoma de Direito - Fadisp. Professor do curso de graduação em Direito da FMU.

E-mail: cesar@peghini.com.br

2. GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: SOBRE UMA CONVIVÊNCIA RESPONSÁVEL DIANTE DOS RISCOS TECNOLÓGICOS	74
--	-----------

Recebido em: 07.01.2013 Aprovado em: 28.08.2013

Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci

Doutor em História do Direito pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, professor e pesquisador do Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

E-mail: bareska@gmail.com

Queila Rocha Carmona dos Santos

Graduada em Direito e Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

E-mail: queila.carmona@ig.com.br

- 3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O CASO DA ADPF 182-0/800 – DF 89**
 Recebido em: 07.07.2013 Aprovado em: 29.08.2013

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor da Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza. Professor de Direito Internacional Público e Direito Econômico da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Associado da Academia Brasileira de Direito Internacional – ABDI. Procurador do Município de São Luís.

E-mail: alexrahbani@gmail.com

Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro

Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Bacharela em Administração pela Universidade Estadual do Maranhão.

E-mail: tayssamohana@gmail.com.

- 4. EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA 109**
 Recebido em: 05.03.2013 Aprovado em: 09.07.2013

Daniela da Rocha Brandão

Doutora em Direito pelo Departamento de Direito Mercantil e do Trabalho da Universidade de Santiago de Compostela. Professora.

E-mail: brandaniela@gmail.com

- 5. A ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA DE 1988 116**

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Doutora em Direito Constitucional pela UFPE. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR. Consultora jurídica da Assembleia Legislativa do Ceará.

E-mail: ginapompeu@unifor.br

Adriana Rossas Bertolini

Acadêmica de Direito pela UNIFOR. Pesquisadora pela FUNCAP na linha de Pesquisa de Direito Constitucional das Relações Econômicas: desenvolvimento humano e crescimento econômico em análise, sob a coordenação da Prof^a Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu.

E-mail: adriana.bertolini@yahoo.com.br

6. OS ENTRAVES PARA O DESENVOLVIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA 140
 Recebido em: 04.08.2013 Aprovado em: 21.08.2013

Érica Guerra da Silva

Doutoranda em Direito. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial. Membro do Comitê Brasileiro na Câmara de Comércio Internacional (Comissão de Arbitragem). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professora Convidada da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Autora de Livros e artigos jurídicos.

E-mail: erica-guerra@ig.com.br

7. O PACTO GLOBAL DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E A CONTRIBUIÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO ... 157
 Recebido em: 02.08.2013 Aprovado em: 30.08.2013

Henrico César Tamiozzo

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, na linha de pesquisa Relações Internacionais e Empresariais, bolsista CAPES/DS. Especialista em Ministério Público, Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Professor da Universidade Norte do Paraná – UNOPAR/Londrina. Advogado.

Email: henricotamiozzo@hotmail.com

Marlene Kempfer

Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, área de concentração de Direito Tributário, Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, Professora de Graduação e Mestrado da Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, e da Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Londrina – PUC/Londrina.

Email: revistamdireito@uel.br

8. O NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O COMEÇO DE UMA NOVA HERMENEUTICA 180
 Recebido em: 01.08.2013 Aprovado em: 31.08.2013

Bruno Ceren Lima

Advogado, Pós graduado em direito processual civil pela UEL/Londrina, Mes-

trando em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília/SP.

E-mail: bruno.ceren@hotmail.com

Lucas Emanuel Ricci Dantas

Advogado, Bolsista CAPES no Programa de Mestrado em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília/SP.

E-mail: lucasrdantas@gmail.com

9. PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NA JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA ... 195

Recebido em: 01.08.2013 Aprovado em: 30.08.2013

Júlia Izabel BarretoEtinger

Graduanda do curso de Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT) de Aracaju/SE.

E-mail juliaizabel@hotmail.com

Martha Franco Leite

Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT-Aracaju/SE), especialista em Direito processual e em Didática do Ensino Superior.

E-mail: martha-franco@hotmail.com

10. CONTROLE SOCIAL E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 215

Recebido em: 01.07.2013 Aprovado em: 20.08.2013

José Renato Gaziero Cella

Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade Meridional - IMED e do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR.

E-mail: cella@cella.com.br

Luana Aparecida dos Santos Rosa

Graduanda em Filosofia da Universidade Federal do Paraná - UFPR e em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, pesquisadora de iniciação científica PIBIC/CNPq.

E-mail: luanacorderosa@hotmail.com

- 11. O ENSINO DO DIREITO ANIMAL: UM PANORAMA GLOBAL 232**
 Recebido em: 03.03.2013 Aprovado em: 15.05.2013

Tagore Trajano de Almeida Silva

Pós-Doutorando pela Pace Law School (New York/USA). Doutor e Mestre em Direito Público da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Visiting Scholar da Michigan State University (MSU/USA). Pesquisador Visitante da University of Science and Technology of China (USTC/China). Presidente do Instituto Abolicionista pelos Animais – IAA: www.abolicionismoanimal.org.br. Membro-fundador da Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental. Pesquisador do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal – NIPEDA/UFBA: www.nipeda.direito.ufba.br. Coordenador da Revista Brasileira de Direito Animal.

E-mail: tagore@ufba.br

- 12. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A RESOLUÇÃO 2013/13 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM) 273**
 Recebido em: 04.03.2013 Aprovado em: 20.06.2013

Leandro Reinaldo da Cunha

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Pesquisador Científico. Professor de Pós-Graduação e Graduação da Universidade Nove Julho. Professor da Universidade Metodista de São Paulo.

E-mail: leandrocunha@aasp.org.br

Terezinha de Oliveira Domingos

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisadora Científica de Grupos de Pesquisa certificados no CNPq. Coordenadora, Professora de Graduação e de Pós-Graduação, Professora orientadora de Pesquisa Científica da Universidade Nove de Julho – UNINOVE.

E-mail: terezinhaod@hotmail.com

- 13. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE: O SUPRAPRINCÍPIO NORMATIVO NO DIREITO PÚBLICO 291**
 Recebido em: 08.07.2013 Aprovado em: 20.08.2013

Francisco Luiz Fernandes

Mestre em Direito – área de concentração: Direitos Sociais e Cidadania - pela UNISAL – Centro Universitário Salesiano/Lorena/SP; Especialista em Direito

Processual pela PUC-Minas; Coordenador do curso de Direito da UNINCOR, Professor na seara do Direito na UNINCOR na disciplina de Direito Constitucional; Professor no curso de Direito na FEPI – Centro Universitário de Itajubá/MG, nas disciplinas: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário.

E-mail: prof.ffferrnandes@gmail.com

PARTE ESPECIAL PODER JUDICIÁRIO

1. A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 304

Cleiton de Campos

Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) – Área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade – Linha de Pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UNINOVE. Graduação em Direito pela UNINOVE. Servidor Público Estadual.

E-mail: cleitondecampos@yahoo.com.br

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, Coordenadora e Professora do Curso de Direito e do mestrado em Direito da UNINOVE, membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio/FECOMERCIO/SP e do Conselho Superior de Estudos Avançados da FIESP. Advogada. Membro da Comissão de Reforma Política da OAB/SP.

E-mail: samanthameyer@uol.com.br

2. A CONTRIBUIÇÃO DO CNJ PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO 315

Recebido em: 01.08.2013 Aprovado em: 29.08.2013

Déborah Leite da Silva

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2004) e pós-graduação (lato sensu) em Direito Processual Civil também pela Universidade Federal de Campina Grande (2005). É professora efetiva da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN (desde julho de 2006), tendo assumido, também nessa instituição, a Coordenação do Núcleo de Prática

Jurídica (desde fevereiro de 2009). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande Norte.

E-mail: **deborahleitedasilva@yahoo.com.br**

Walter Nunes da Silva Júnior

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1987), mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (1999) e doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (2006). Exerceu a função de membro do Conselho Nacional de Justiça (2009-2011), após o que retornou ao exercício da Titularidade da 2ª Vara Federal - Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, sendo também, atualmente, Juiz Corregedor da Penitenciária Federal em Mossoró. É professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, para o biênio 2013/2014. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: direito processual penal, processo eletrônico e plano de gestão do judiciário.

E-mail: **waltersilva16@gmail.com.**

3. O PODER JUDICIÁRIO ENTRE EFICÁCIA E EFICIÊNCIA 337

Recebido em: 01.08.2013 Aprovado em: 24.08.2013

Fernanda Estevão Picorelli

Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA; especialista em Administração do Poder Judiciário (MBA) pela FGV/Rio; especialista em Direito Civil pela UNESA; Analista Judiciário da Justiça Federal do Rio de Janeiro desde 1993, tendo exercido diversas funções de Direção, supervisão e assessoramento.

E-mail: **fernanda.picorelli@globocom**

CONTENTS	20
GENERAL SECTION	
CONSTITUCIONAL JUSTICE	
1. THEORY OF DYNAMIC DIVISION OF BURDEN OF PROOF OF SERVICE AS A MEANS OF ACCESS TO JUSTICE	38
<i>Aline Aparecida Santos Costa e Cesar Calo Peghini</i>	
2. GLOBALIZATION AND LAW: AN ASSOCIATION FOR RESPONSIBLE BEFORE THE TECHNOLOGICAL RISKS	74
<i>Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci e Queila Rocha Carmona dos Santos</i>	
3. THE JURISDICTIONAL CONTROL LAWS OF CONVENTIONALITY AND THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: THE CASE OF THE ADPF 182-0/800 - DF	89
.....	
<i>Alexsandro Rahbani Aragão Feijón e Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro</i>	
4. THE ROLE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION	109
<i>Daniela da Rocha Brandã</i>	
5. THE INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER AND ITS IMPLICATIONS IN ECONOMIC CONSTITUTION BRAZIL 1988	116
<i>Gina Vidal Marcilio Pompeu e Adriana Rossas Bertolini</i>	
6. THE HINDRANCES FOR DEVELOPMENT COMPANY'S SOCIAL FUNCTION	140
<i>Érica Guerra da Silva</i>	
7. THE GLOBAL PACT OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND THE BRAZILIAN STANDARDS CONTRIBUTION FOR THE ACTION AGAINST CORRUPTION IN ECONOMIC POLICY	157
<i>Henrico César Tamiozzo e Marlene Kempfer</i>	
8. THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE CONSTITUTION OF 1988: THE START OF A NEW HERMENEUTICS	180
<i>Bruno Ceren Lima e Lucas Emanuel Ricci Dantas</i>	
9. EFFECTIVENESS PRINCIPAL PERSPECTIVES IN CONTEMPORARY JURISDICTION	195
<i>Júlia Izabel Barreto Etinger e Martha Franco Leite</i>	

10. Social control and the protection of personal data	215
<i>José Renato Gaziero Cella e Luana Aparecida dos Santos Rosa</i>	
11. TEACHING ANIMAL LAW: A GLOBAL OVERVIEW	232
<i>Tagore Trajano de Almeida Silva</i>	
12. ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: THE RESOLUTION 2013/13 OF FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE	273
<i>Leandro Reinaldo da Cunha e Terezinha de Oliveira Domingos</i>	
13. PRINCIPLE OF LEGALITY: THE SUPRAPRINCÍPIO STANDARD IN PUBLIC LAW	291
<i>Francisco Luiz Fernandes</i>	

**SPECIAL PART
JUDICIARY**

1. REFORMING THE JUDICIARY AND THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY	304
<i>Cleiton de Campos e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug</i>	
2. THE CNJ CONTRIBUTION TO THE IMPLEMENTATION OF HUMAN DIGNITY IN THE CONTEXT OF THE JUDICIARY PERFORMANCE	315
<i>Déborah Leite da Silva e Walter Nunes da Silva Júnior</i>	
3. THE JUDICIARY BETWEEN EFFECTIVENESS AND EFFICIENCY	337
<i>Fernanda Estevão Picorelli</i>	



PARTE GERAL
General section





JUSTIÇA
CONSTITUCIONAL
Constitutional Justice



1

TEORIA DA DIVISÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO FORMA DE ATENDIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Theory of dynamic division of burden of proof of service as a means of access to justice

ALINE APARECIDA SANTOS COSTA

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Escola Paulista de Direito. E-mail: aline@peghini.com.br.

CESAR CALO PEGHINI

Doutorando em Direito pela PUC/SP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, Curso de Extensão em Direito Imobiliário pela Faculdade Autônoma de Direito - Fadisp, Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Escola Paulista de Direito, Pós-graduado (LLM) em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino e Mestrado pela Faculdade Autônoma de Direito - Fadisp. Professor do curso de graduação em Direito da FMU. E-mail: cesar@peghini.com.br.

RECEBIDO EM: 02.02.2013

APROVADO EM: 01.05.2013

“Nenhuma regra é tão geral que não admita alguma exceção”. Robert Burton.

RESUMO

Diante da moderna concepção jurídica em tornar o direito cada vez mais acessível aos indivíduos e, frente a crescente vertente entre os doutrinadores contemporâneos em constitucionalizar as normas, podemos observar a possibilidade da implementação de uma nova dinâmica quanto ao ônus da prova. O presente artigo pretende analisar os novos, os velhos conteúdos e contextos comprobatórios frente à instauração de um processo e a possibilidade da aplicação por ofício pelo magistrado da inversão do ônus, naquilo que a parte impetrante embora alegue, não tenha condição de fazê-la, senão pela parte adversa, sem deixar de observar os ditamente Princípios Constitucionais, em especial o Acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: ACESSO À JUSTIÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. PROVAS. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

ABSTRACT

Given the modern legal thinking in making the right increasingly accessible to individuals, and, before growing strand among contemporary scholars in constitutionalize the rules, we can see the possibility of implementing a new dynamic as the burden of proof. This monograph seeks to analyze the new and the old contents and contexts evidentiary forward the establishment of a process and the possibility of the application by letter by the magistrate of the reversal of the burden, what part though plaintiff alleges, did not make her condition, but by the opposing party, while observing the dictates Principiológicos Constitutional, particularly access to justice.

KEYWORDS: ACCESS TO JUSTICE. INSTRUCTION EVIDENTIAL. EVIDENCE. DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Noções gerais sobre a instrumentalização das normas e o estado. 1.1. Noções gerais. 1.2. Processo e deliberações iniciais do magistrado e sua jurisdição. 1.3. Sujeitos da relação processual. 2. Da prova elementos e características existenciais. 2.1. Noções gerais e conceito de prova. 2.2. Características das provas. 2.3. Meios de provas. 3. Poderes instrutórios do juiz. 3.1. Atuação do juiz dentro do processo civil. 3.2. limites do poder de instrução. 4. Teoria da divisão dinâmica do ônus da prova. 4.1. Fontes de provas. 4.2. Ônus da prova acepção geral. 4.3. Teoria da divisão dinâmica do ônus da prova como forma de atendimento do acesso à justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atribui o inciso LV, artigo 5º da Carta Magna a possibilidade do gozo dos elementos mais consagrados do Direito Processual, trata-se do princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa, cuja principal finalidade é conceder às partes a possibilidade de interpor todas as provas necessárias e admitidas em direito, e ainda, se valer de todas as instâncias em busca de suas pretensões.

O presente artigo analisará o poder instrutório do juiz, e ainda, verificará em paralelo o artigo 333 do Código de Processo Civil que trata da incumbência quanto ao ônus da prova.

Em regra as provas são avaliadas e tomadas na fase instrução, se eventualmente uma das partes seja “hipossuficiente” em relação ao seu direito probatório, diante de carecer meios em obtê-las, questiona-se: o juiz ao pesar o artigo 333, CPC, teria condições de agir rumo à verdade real, mesmo contrariando entendimento do artigo supra? Como ficaria o direito de defesa e o contraditório? Há ferimento de princípios basilares?

Do exposto, este será o objeto pontuado no presente trabalho, pois é imprescindível que as partes possam se valer do acesso à justiça para o fim de resolver uma lide e, os magistrados não se sintam presos em buscar a verdade real dos fatos pretéritos, mas sim, se valham rumo à busca da justiça para responder a clemência da sociedade em ter um Estado justo.

Ressalta-se que o presente artigo realiza corte metodológico proposto nos termos da temática supracitada, bem como utiliza como critério pesquisa o método indutivo e dedutivo de pesquisa científica¹.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS NORMAS E O ESTADO

1.1. NOÇÕES GERAIS

Diante da vida social presenciada pelo ser humano, verifica-se a necessidade em normatizar o seu comportamento. Assim, com o avançar dos tempos houve a implementação de um conjunto de normas, em constante evolução, com direitos e deveres que visam regularizar a vida em comum.

Uma forma de instrumentalizar estas vias refere à aplicação do Direito Processual, pois dá forma de atuação do direito material, frente ao conflito estabelecido entre as partes que pretendem satisfazer suas pretensões.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho² o “*homem deve viver em sociedade*” assim, é cabível a uma coletividade de pessoas, a sociedade, uma organização para o fim de obter o bem estar social.

Cabe ao Poder Soberano do Estado estabelecer restrições, direitos e deveres para limitar uma liberdade incondicionada ao indivíduo, à liberdade do outro.

Neste contexto trata Arruda Alvim³:

A resistência à pretensão, obstando a submissão do interesse de um ao do outro, gera conflito de interesses. Esse conflito de interesses, ocorrido na

¹ Mais sobre o sistema de pesquisa leia: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(RE) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Ed. Saraiva. 1997. p. 01.

³ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 39.

vida social, é, através do pedido do autor, feito ao Estado-juiz, transladado da vida social, enquadrado num esquema jurídico e colocado diante de uma autoridade imparcial, o juiz, que até este momento o ignorava.

Assim, é concedido ao Estado, por meio de normas e princípios o poder-dever de regularizar a vida em comum, seja ao impor suas normas, seja ao regularizar os elementos essenciais para subsistência do povo, território e do governo.

Nesse íterim o Estado se vale os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estes distintos em suas funções, mas unidos pela mesma finalidade: a obtenção da paz social e a organização da sociedade.⁴

Assim é pela atuação normativa do Legislativo, que as leis são elaboradas; pela gestão administrativa do Executivo, as leis ganham vida e dinâmica; pela intervenção jurisdicional dos órgãos do Judiciário, elas obtêm garantia e salvaguarda, abandonando o terreno da normatividade abstrata para alcançar o solo tormentoso das divergências e disputas concretas⁵.

Do exposto atenta-se a importância da figura do Estado, pois este surge para viabilizar a resolução do conflito entre as partes litigantes a fim de reafirmar sob pena de sanção, que a lei e seus procedimentos devem ser tidos além de um remédio para a harmonia social, mas preponderantemente para reger o convívio mínimo entre aqueles que se submetem a elas.

Há três modos para a composição desses litígios. Os indivíduos podem se valer da autocomposição, que nada mais é do que os litigantes se comporem amigavelmente, sem a necessidade de buscar o apoio do Poder Judiciário para solução da disputa. Poderão, ainda, buscar a ajuda de um terceiro estranho ao litígio para resolver o conflito. E, por fim, poderão recorrer a um órgão do Estado, com o propósito de verem sanada esta demanda através do julgamento de um juiz ou tribunal⁶.

Ante ao tema, se faz salutar algumas linhas sobre a importância do Acesso à justiça.

Discorrem Cappelletti e Garth⁷ sobre a expressão “Acesso à justiça”, neste contexto, é compreendida de um meio pelo qual os indivíduos podem se valer do Estado, com a finalidade de reivindicar seus direitos e deveres, bem como resolver suas pretensões resistidas.

Nesse sentido importante ressalta o artigo 5º, LIV da Constituição Federal:

⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 60.

⁵ LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011. p. 51 e seguintes.

⁷ *Acesso à Justiça*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/24783186/788476264/name/2-+Maur>. Acessado em: 02.07.2013.

ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Sem sobra de dúvidas trata da conquista da edição da Carta Magna, por João Sem Terra, no século XIII.⁸

Assim, o Estado em contrapartida deve ser acessível aos seus interessados e ainda deverá produzir uma solução tempestiva a uma justiça social que foi demandada⁹.

Para tanto, os direitos individuais receberam com a Constituição Federal de 1988, uma amplitude em sua obtenção, ou seja, a vigente Carta Magna diminuiu a distância que havia entre o povo e a justiça conforme muito bem apontam Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰.

Em conformidade, assevera o artigo 5º, XXXV, da CF:

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: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O conteúdo discorrido acima trata de um princípio de suma importância ao qual concede a todos os interessados, sejam brasileiros natos ou naturalizados, indistintamente, a possibilidade de se valerem do judiciário¹¹ e também pelos meios de resolução de conflitos como o uso da arbitragem, mediação e conciliação¹².

O elemento principiológico, visa garantir ao indivíduo lesionado ou, na ameaça de sofrer restrições em seu direito¹³, garantias constitucionais em acionar o Poder Judiciário e de ter para si o amparo Estatal.

O amparo Estatal se dá pela impossibilidade da parte “lesionada” arcar com os custos da demanda em face ao seu ofensor, com as taxas judiciárias, e despe-

⁸ Nesse sentido: LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.60. MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole. 2006. p. 19.

⁹ MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole. 2006. p. 19.

¹⁰ Nesse sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 75. BERMUDES, Sergio. *Direito Processual Civil. Estudos e pareceres*. 2ª série. São Paulo: Saraiva. 1994. p.7.

¹¹ Nesse sentido: MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole. 2006. p. 11.

¹² LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

¹³ *Acesso à Justiça*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5182. Acessado em: 02.07.2013.

sa com honorários advocatícios¹⁴.

Frente à prestação jurisdicional que era para poucos, devido ao elevado custo de um processo rumo a solução definitiva de uma lide, o acesso à Justiça na atualidade é realizada pelas Defensorias Públicas Estaduais, as quais perante o artigo 134¹⁵, da Carta Magna, têm a função de orientar e defender os indivíduos que dela necessitarem.

Isso porque, o auxílio de um advogado é indispensável para compreender as leis e para demandar uma ação, assim sabiamente adotou o Estado uma atitude positiva em garanti-la¹⁶.

Em consonância o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, traz a seguinte redação: “*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”.

Não obstante, o legislador fez a previsão apresentada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004, que trata da celeridade processual. Ou seja, de nada adiantaria impetrar uma demanda, se o Poder Judiciário não garantisse à ação, uma decisão tempestiva, com uma razoável duração.

Assim, o artigo 5º, LXXVIII, CF dispõe “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

O inciso acima, corrobora o sentimento e anseio da sociedade carente de um Poder Público ágil e comprometido com a realização digna e lúdica de um processo¹⁷.

Ainda, pretende ressaltar a possibilidade e grandes grupos se valerem do Poder Judiciário para representarem o direito difuso¹⁸, estes antes tão cerceados em seus propósitos, neste sentido tratam Cappelletti e Garth:

[...] a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a “citação” e o “direito de ser ouvido”. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção

¹⁴ LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.187.

¹⁵ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”.

¹⁶ *Acesso à justiça*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/24783186/788476264/name/2-+Maur>. Acessado em: 02.07.2013.

¹⁷ MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole. 2006. p. 48.

¹⁸ *Acesso à justiça*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/24783186/788476264/name/2-+Maur>. Acessado em: 02.07.2013.

da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente.

Do exposto, verifica-se que vulnerabilidade da sociedade em ver sua pretensão ouvida e resolvida pelo Estado. Assim, a importância e relevância desta abordagem quanto da possibilidade em acessar a justiça tempestivamente e da viabilidade em ser solucionada de forma a abarcar a lédima tramitação processo em resposta ao anseio social.

1.2. PROCESSO E DELIBERAÇÕES INICIAIS DO MAGISTRADO E SUA JURISDIÇÃO

Em sentido amplo, verifica-se que o processo é um ato de proceder; é a maneira de operar, conjunto de papéis relativos a um negócio¹⁹. Todavia, derivado do “*pro cedere*”, que nada mais é que ir para frente, fazer progresso, prosperar, no sentido de se buscar a solução de um litígio.

Com o ensinamento Tourinho Filho²⁰, aprende-se que:

É por meio de processo que se compõem os litígios. O processo consiste, assim, numa sucessão de atos que culminam com a decisão final do órgão jurisdicional pondo fim ao litígio, dando a cada um o que é seu.

Ao magistrado é dada a incumbência de engatilhar a marcha processual e assim desenvolvê-la com os atos das partes e dos auxiliares de justiça²¹.

Sendo assim, parece cristalina a ideia de que o procedimento está fundamentalmente aliado ao processo, pois, para que o magistrado possa atuar, e assim cumprir o mandamento legal, é indispensável que se manifeste deliberando atos para regular andamento do feito, a fim de dar cumprimento à norma com o intuito único de pôr um ponto final na lide.

Neste sentido, José Antonio Pimenta Bueno²²:

Quando atos se coordenam numa série sucessiva com um fim determinado, fala-se que há processo, se o movimento se realiza em função da ativida-

¹⁹ Jornal da tarde. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Porto Alegre: Ed. Globo. 1994.

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Ed. Saraiva. 1997. p.11.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2013. p.55.

²² BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: H. Ganier, 1959. p. 23.

de jurisdicional; se for uma atividade administrativa que se desenvolve, o que existe nesta série de atos que se entrelaçam é tão só procedimento. O procedimento é o conteúdo formal do processo, do mesmo modo que a lide é o seu conteúdo material ou substancial. O processo é a atividade jurisdicional na sua função de aplicar a lei; o procedimento de “modus faciendi” com que essa atividade se realiza.

Em suma, o processo se inicia com a propositura da ação, e se encerra depois de percorrido todo o procedimento processual, com a entrega da prestação jurisdicional invocada, ditada pelo magistrado e que resume o direito pertinente a cada uma das partes.

1.3. SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Aduz Tourinho Filho²³ que os sujeitos processuais são todas as pessoas que atuam no processo, ou seja: juiz, partes, auxiliares de justiça, testemunhas etc.

Para haver uma relação jurídica é indispensável que exista uma relação intersubjetiva, um vínculo entre duas ou mais partes, previstas pela norma, quais sejam: Autor, Estado-juiz e Réu²⁴.

Fala-se ainda, que as partes se distinguem em partes materiais e partes processuais. No primeiro grupo são os sujeitos da relação, isto é, em sujeito ativo e sujeito passivo; no segundo, a posição processual que cada um desses sujeitos ocupa, a saber, parte Autora e parte Réu²⁵.

No mais, não é factível deixar de tratar as relações jurídicas que comportam mais de três sujeitos processuais. E isso se dá, particularmente, nos casos de litisconsórcio, passivo ou ativo, nos quais se constata o fenômeno da ampliação subjetiva do litígio²⁶.

Portanto, ao Estado-juiz, além da incumbência de solucionar o litígio, claro que visto de uma forma equidistante, cabe qualificar juridicamente as relações sociais de conformidade com o modelo normativo que é empregado no caso prático em tela²⁷.

Feitas as referidas anotações passa a estudar o elemento fundamental da presente pesquisa, ou seja, a prova e suas características.

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, p. 331.

²⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.31.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.160.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011. p.181.

²⁷ LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 183.

2. DA PROVA ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS EXISTENCIAIS

2.1. NOÇÕES GERAIS E CONCEITO DE PROVA

Para instrumentalizar uma pretensão o Autor no processo-demanda deve munir sua inicial com as mais variadas formas de se demonstrar o seu direito, assim, este tema é de suma importância e deve ser tratado com toda sutileza²⁸.

A priori cumpri transcrever, que recai ao magistrado a convicção e a busca da verdade dos fatos alegados no direito que se pretende obter, bem como a possibilidade jurídica do direito, posto isso, as provas servirão para formação de suas convicções e o poder dizer o direito²⁹.

O objetivo essencial da prova é a resolução de um fato controverso, ou seja, uma das partes asseveram de uma forma e a parte adversa dá uma interpretação diversa³⁰.

A transcrição concisa dos fatos dará ao magistrado condições de analisar o caso concreto e julgar o litígio em sentença a ser prolatada³¹.

Para Humberto Theodoro Júnior³² existem duas formas de se conceituar a produção de provas, seja pelo elemento objetivo, seja pelo subjetivo.

a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Portanto, uma pretende expor a existência do fato – objetiva e a outra trata

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 3.

²⁹ Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito Processual Civil*. 2º vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 349. RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

³⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 402.

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 440.

³² Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P.437. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito Processual Civil*. 2º vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 335.

da forma subjetiva –, que é a própria convicção do indivíduo³³.

Em latim, *proba*, de *probare* consiste em *reconhecer, formar juízo, demonstrar*, ou seja, é o significado da prova³⁴.

No âmbito jurídico, provar é o meio pelo qual se demonstra a existência, a veracidade de um ato ou fato. Neste passo assevera oportunamente Humberto Theodoro Júnior³⁵ que diante da história jurídica da humanidade, apenas neste século foi possível obter uma configuração constitucional de direitos fundamentais.

Para Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart³⁶ apud Marco Antônio Rebouças da Costa³⁷ reconhecido por parte da doutrina que a pretensão para se obter a verdade real em atos/fatos vivenciados no passado não passa de uma utopia, pois entendem que a fase probatória no processo não é capaz de restituí-la pelos meios de prova, seja pericial, oitiva de testemunhas, seja documental etc.

Tal entendimento vai ao encontro dos ensinamentos já apontados neste trabalho por Humberto Teodoro Junior, pois, na reconstrução da situação presenciada pelas partes, os fatos, receberão uma carga de subjetivismo pelos que nela presenciaram.

Nesta senda, é passível compreender que na fase comprobatória, busca-se o maior argumento possível para que o magistrado possa se valer de um juízo verosímil dentro de uma realidade que se buscou reconstruir atos/fatos pretéritos³⁸.

Provar, na matéria de Processo Civil, implica dizer que a atividade desenvolvida pelas partes no processo, destina-se trazer aos autos, informações que demonstrem a veracidade das suas alegações³⁹.

Contudo, há doutrinadores que entendem que a arte de provar vai muito além, ou seja, além da subjetividade já tratada, pela parte que a produziu em demonstrar sua pretensão, a compreensão da sua extensão caberá ao magistrado em

³³ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 527.

³⁴ Jornal da tarde. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Porto Alegre: Ed. Globo. 1994.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

³⁶ ARENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. Rev e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p. 281.

³⁷ COSTA, Marco Antônio Rebouças da. *Considerações Sobre a Prova no Processo Civil*. Acessado em: 11.07.2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11358/consideracoes-sobre-a-prova-no-processo-civil>.

³⁸ ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p. 516.

³⁹ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 30.

traduzi-la, pois este se serve dos documentos, dos apontamentos feitos pela perícia por exemplo, e da sua percepção quanto da lógica/percepção e dedução que resultam da sua lógica do conhecimento⁴⁰.

Portanto, quanto ao conceito da prova tem-se o aspecto da perspectiva objetiva, ou seja, instrumentalizar o sentido das afirmações para conhecimento das partes e do magistrado, ou seja, o aspecto subjetivo em demonstrar ao magistrado a alegação presente, ao conhecimento geral, dos adverbos pretéritos, assumindo então uma função dialética e dialógica.

2.2. CARACTERÍSTICAS DAS PROVAS

De acordo com o objeto a prova pode ser diferenciada em diretas e indiretas. As diretas perfazem devido à relação imediata com o fato, ou seja, ela tem uma relação direta do objeto controverso, diferentemente se entende pela prova indireta, pois embora não esteja ligada diretamente ao fato/ato, diante de um raciocínio lógico pode se depreender ligação com a matéria tida como necessária para provar, portanto, mais complexa⁴¹.

Já quanto há necessidade de perícia, por exemplo, é necessário que o magistrado seja levado a crer na relação jurídica que se pretende provar por meio dos indícios relatados.

Existem diversas formas de levar a convicção ao magistrado da pretensão do bem jurídico que se pretende obter ou proteger, podendo ser: a) pessoal: declarações, depoimentos e testemunhal; b) real: compreendidas por meio de exames de pessoas ou coisas, perícias, bem como documental.

Assevera Humberto Theodoro Junior⁴² que para todo objeto existe uma forma de prová-la, e para tanto é permitido todos os meios em direito admitidas. Judicialmente a prova tem como objeto

2.3. MEIOS DE PROVAS

A Carta Magna, no artigo 5º, inciso LVI, assevera da vedação pela utilização de provas obtidas por meios ilícitos, e que sendo produzidas, são tidas como inexistente. Reza no inciso LVI, do artigo 5º, da Carta Magna que: “São inadmissíveis,

⁴⁰ Nesse sentido: COSTA, Marco Antônio Rebouças da. *Considerações Sobre a Prova no Processo Civil*. Acesso 11/07/2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11358/consideracoes-sobre-a-prova-no-processo-civil>. BERMUDEZ, Sergio. *Direito Processual Civil. Estudos e pareceres*. 2ª série. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 50.

⁴¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 422.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.438.

no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

É prova ilegal aquela que viola o ordenamento jurídico como um todo, compreende-se pela inobservância das leis e princípios gerais, quer sejam este de natureza material ou meramente processual⁴³.

Entende-se por prova emprestada⁴⁴ aquela entranhada em um processo diferente do qual se pretende utilizar. Esta é levada ao conhecimento do juiz e, para que nele gere os efeitos pretendidos pela parte, deve observar se no processo que a originou, serviu por exemplo como prova testemunhal, o processo que a teve de forma emprestada, diferentemente da sua valoração no processo que a emprestou, terá efeito meramente documental, ou seja, terá sua valoração apenas como documento, sendo questionável seu valor probante, principalmente se a prova emprestada não foi produzida no processo original entre as mesmas partes, ou se não foi submetida ao crivo do contraditório⁴⁵.

Há diferentes fases de produzir uma prova, a fase da coleta de provas recebe o nome de procedimento probatório, que nada mais é que o andamento dos atos processuais referentes às provas a qual sempre deve respeitar o princípio constitucional do contraditório⁴⁶.

A convicção do juiz deve ser estabelecida segundo meios ou instrumentos reconhecidos pelo direito como idôneo, neste sentido é o artigo 332, do Código de Processo civil: *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.*

Outros meios de prova elencados no Código de Processo Civil tratam-se do depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial.

⁴³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.436.

⁴⁴ Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito Processual Civil*. 2º vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. P.369. NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 528. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.456.

⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011. p. 406.

⁴⁶ ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p.515.

3. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

3.1. ATUAÇÃO DO JUIZ DENTRO DO PROCESSO CIVIL

O magistrado atua nos autos investido de jurisdição rumo à resolução de uma lide, e equilibrar os polos processuais.

Para Sérgio Alves Gomes apud Veruska Góis⁴⁷:

O caráter de relação pública ou o fenômeno da publicização do Processo Civil é o principal responsável pela concessão de maiores poderes ao juiz na direção do processo, incluindo nestes o de determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes, quando necessário for para o conhecimento da verdade e a realização da justiça.

O Processo Civil ganhou importante vertente rumo autonomia científica, admitiu a sua abrangência enquanto elemento distinto da relação de direito material. No entanto, não perdeu de vista a instrumentalidade do processo que, manifesto enquanto relação de direito público tem como finalidade tutelar os bens de direito material⁴⁸.

Prescreve o artigo 130 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

O artigo 5º da Carta Magna assevera dentre outros direitos a garantia processual tanto na esfera cível, quanto administrativo e penal, o princípio do devido processo legal, inserto em várias das proposições constitucionais. Este é tido como um princípio basilar para os demais, quais sejam: direito ao contraditório e à ampla defesa, direito aos meios de prova em direito admitidos, direito à isonomia etc⁴⁹.

É limitada à atuação do juiz, por exemplo, cita-se a vedação da produção de provas ilícitas, devendo o magistrado apreciar a casuística do que venha a ser meio ilícito⁵⁰.

⁴⁷ GÓIS, Veruska Sayonara de. *Os Limites do Poder Instrutório do Magistrado no Processo Civil*. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil&catid=59:-doutrina-nacional&Itemid=20. Publicado em 06.05.2006. Acessado: 14.07.2013.

⁴⁸ GÓIS, Veruska Sayonara de. *Os Limites do Poder Instrutório do Magistrado no Processo Civil*. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil&catid=59:-doutrina-nacional&Itemid=20. Publicado em 06.05.2006. Acessado: 14.07.2013.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011. p. 412.

⁵⁰ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.177.

A ponderação é cabível ao juiz ao verificar a possibilidade em determiná-la - produção da prova. Caso opte pela pertinência, poderá determinar *ex officio* a chegada aos autos da prova obtida ilicitamente. Não pairam dúvidas no sentido de que esse ato seria uma exceção. O poder instrutório, não poderá ser afastado devido à ocorrência de eventual ilicitude⁵¹.

O princípio dispositivo em uma da ação é tido como um dos mais admiráveis limitadores da atividade probatória do magistrado. O princípio está inserto no artigo 2º do Código de Processo Civil: “*Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formais legais*”.

Inerte é a jurisdição devendo ser provocada pelos interessados. Assim, trata-se da disponibilidade das partes, quanto à iniciativa, na instauração do processo, e no incremento processual⁵².

Um contraponto ao princípio do dispositivo, está o inquisitivo, posto que este tende a uma liberalidade na formação da relação processual e no seu desenvolver pelo juiz. Na legislação pátria percebe-se que estes princípios são mesclados. Assevera o artigo 262, do CPC: “*O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial*”. Embutido neste contexto está o princípio dispositivo.

Disserta Vicente Greco Filho apud Veruska Góis⁵³ que “o juiz tem poderes instrutórios, mas limitados em face do princípio dispositivo”.

Nesse contexto o magistrado está engessado vez que o princípio dispositivo constitui uma hierarquia em termos de produção da prova, competindo inicialmente às partes, a responsabilidade quanto à instrução. Em caráter subsidiário, o juízo poderia determinar *ex officio* a produção probatória⁵⁴.

Os autos são instrumentalizados a partir de suas narrações e pedidos pelas partes. O juiz, quando se vale do poder instrutório, baseia-se suas limitações impostas pela alegação das partes, valendo-se apenas dos fatos revelados no processo.

⁵¹ GÓIS, Veruska Sayonara de. *Os Limites do Poder Instrutório do Magistrado no Processo Civil*. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil&catid=59:doutrina-nacional&Itemid=20. Publicado em 06.05.2006. Acessado: 14.07.2013.

⁵² Nesse sentido: MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 30. NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 141.

⁵³ GÓIS, Veruska Sayonara de. *Os Limites do Poder Instrutório do Magistrado no Processo Civil*. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil&catid=59:doutrina-nacional&Itemid=20. Publicado em 06.05.2006. Acessado: 14.07.2013.

⁵⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.424.

Segundo leciona Nery Júnior apud Góis⁵⁵.

Conforme mencionado anteriormente, segundo o artigo 130 do CPC, é incumbência do magistrado indeferir as diligências inúteis ou protelatórias, e assim, do que entender inútil ou protelatório, entra seu juízo de valor acerca do teor alegado, mostrado e necessário para a comprovação das versões apresentadas⁵⁶.

Corroborando o sentido Solleon Menezes⁵⁷:

As partes podem requerer e o juiz pode determinar de ofício a produção de provas, sempre atendendo aos princípios da celeridade e economia processual, evitando diligências meramente protelatórias. Vale salientar que o juiz deve proceder com cautela quando agir ex officio na produção de provas, porque somente quando a questão versar sobre direitos indisponíveis ou quando as partes se desincumbirem de forma incompleta da produção probatória, pode o juiz, para formar seu convencimento, ordenar a seu critério e conveniência a produção de provas. Quando, ao contrário, a causa versar sobre direitos disponíveis e a parte não produziu prova, a lei presume que esta abriu mão de fazê-lo.

O fato que irá contribuir para se demonstrar o alegado pelas partes, entende-se por prova necessária.

Será necessária a prova quando sua presença ou ausência nos autos for capaz de influenciar na formação do convencimento do magistrado, ou seja, quando a prova for relevante⁵⁸.

⁵⁵ Nesse sentido: GÓIS, Veruska Sayonara de. *Os Limites do Poder Instrutório do Magistrado no Processo Civil*. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil&catid=59:doutrina-nacional&Itemid=20. Publicado em 06.05.2006. Acessado: 14.07.2013. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 304.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 339.

⁵⁷ Nesse sentido: MENEZES, Solleon. *Provas no Processo de Conhecimento do Processo Civil – Parte Geral*. Disponível em: <http://solleon.wordpress.com/2008/09/24/provas-no-processo-de-conhecimento-do-processo-civil-parte-geral/>. Acessado em: 14.07.2013. RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 202.

⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011. p. 412.

3.2. LIMITES DO PODER DE INSTRUÇÃO

Há no ordenamento duas presunções quanto ao poder de instrução, uma trata-se da presunção relativas, ou, *iuris tantum* e a outra, da presunção absoluta, ou, *Iuri et de Iuri*.

No caso de presunção absoluta há vedação para produção de provas⁵⁹, devendo o juiz se limitar apenas ao *in casu*. Já na presunção relativa, caberá ao magistrado ponderar sobre o caso, a fim de averiguar as condições específicas e, os interesses envolvidos⁶⁰. A revelia por exemplo, trata-se de um espécie de ficção processual, onde é admitido a verdade alegada nos autos e não contestadas pela parte contrária.

A fim de conferir segurança jurídica aos litigantes, pondera-se que nenhum poder instrutório conferido ao juiz será absoluto, preocupação está lançada pela doutrina a fim de não só guiar a iniciativa oficial, como também conferir segurança jurídica a quem litiga⁶¹.

É inerente ao magistrado o poder de instrução, visto que ele poderá determinar de ofício, ou a requerimento da parte a realização da prova dos fatos de real importância para a resolução da demanda, assim como muito bem relata Elpidio Donizetti⁶².

O dispositivo legal que trata dos poderes instrutórios do juiz é o artigo 130 do Código de Processo Civil, que prevê: “*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*”.

A priori nota-se que o princípio dispositivo tem em seu escopo uma limitação quanto aos poderes instrutórios do juiz, vez que, a função do juiz se tornaria incompatível com a disponibilidade das partes em relação ao objeto do litígio⁶³.

Contudo, o magistrado ao verificar que certas situações não irão conflitar e nem mesmo excluir às pretensões das partes, poderá se valer do incremento dos

⁵⁹ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 176.

⁶⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 446.

⁶¹ Nesse sentido: XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacaotriciavaxier.pdf> Acessado aos: 14.07.2013. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 305.

⁶² DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 551.

⁶³ Nesse sentido: MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 183. NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 339. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 441.

poderes instrutórios, haja vista não encontrar impedimentos no princípio dispositivo. Tal quanto assevera Trícia Navarro⁶⁴:

Os atos de disposição das partes dentro do processo conservam-se intactos, ao passo que ao magistrado cabe a direção e o controle do ritmo do feito. Assim, a marcha processual não fica vulnerável aos desígnios das partes⁶⁵.

É um obstáculo ao princípio da isonomia à ampla aplicação do artigo 130 do Código de Processo Civil, portanto esta afirmação não deverá prosperar, pois uma conduta assertiva para estabelecer às partes uma igualdade substancial nos autos, condiz justamente em praticar o magistrado o não favorecimento a qualquer dos litigantes. “As apontadas ofensas a este princípio fundam-se na ultrapassada concepção de disponibilidade das provas pelas partes”⁶⁶.

Já em relação ao princípio da imparcialidade do juiz, é um atributo em que as partes não participam, pois as mesmas têm interesse no desenrolar do processo, devendo então *a contratio sensu* a mitigação da conduta parcial das mesmas⁶⁷.

Há uma parte da doutrina que atribuem limitação ao artigo 131 do Código de Processo Civil, que assevera: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Sérgio Mattos corrobora⁶⁸: “[...] o ativismo do juiz em tema de prova esbarraria nos limites do material fático aportado à causa”.

No entanto Leonardo Greco⁶⁹:

⁶⁴ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao-triciaxavier.pdf> Acessado aos: 14.07.2013.

⁶⁵ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao-triciaxavier.pdf> Acessado aos: 14.07.2013.

⁶⁶ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao-triciaxavier.pdf> Acessado aos: 14.07.2013.

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 .p. 341.

⁶⁸ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao-triciaxavier.pdf> Acessado aos: 14/7/2013.

⁶⁹ Nesse sentido: XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao-triciaxavier.pdf> Acessado aos: 14.07.2013. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 185.

Para evitar o juiz investigador, o que comprometeria a sua imparcialidade, a sua iniciativa probatória deve limitar-se aos elementos probatória deve limitar-se aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos.

No que tange à doutrina, esta dá a lide ou ao seu objeto controvertido uma limitação quanto à iniciativa probatória. Neste tema trata João Batista Lopes⁷⁰:

Cabe advertir, por último, que as iniciativas probatórias do juiz devem limitar-se aos fatos controvertidos do processo, não lhe sendo lícito alterar a causa petendi, introduzindo fatos ou fundamentos novos.

Discorre Arruda Alvim⁷¹ o quanto segue:

Em face do que dispõe o art. 130 do CPC, a única limitação à atividade do juiz com relação à atividade instrutória é a de que a ele não é dado ir além do tema probatório, ou seja, da lide ou do objeto litigioso, nem infringir o princípio do ônus (subjetivo) da prova.

Corroborando o entendimento de Arruda Alvim, o José Roberto Bedaque⁷²:

Em princípio, pode-se dizer que os elementos objetivos da demanda constituem a primeira limitação. À luz do princípio da correlação ou adstrição, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir (CPC, arts. 128 e 460). Se assim é, não pode o juiz buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório.

Ressalta-se a definição atribuída ao magistrado por Leonardo Greco⁷³:

A definição de limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes

⁷⁰ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao-triciaxavier.pdf> Acessado aos: 14.07.2013.

⁷¹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil: parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 392.

⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 154.

⁷³ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/3691/2561>. Acessado em: 14.07.2013.

e a paridade de armas, para que uma delas, em razão dos atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Portanto, entende que o poder instrutório do juiz pode ser visto por diversos ângulos, e assim, cada ponto de vista relaciona a uma restrição pontual. Desta senda, verifica-se necessário identificar a fimco qual é o melhor sentido a ser aplicado nas provas⁷⁴.

Para impugnar os limites formados pela doutrina, existe uma árdua tarefa, ainda que o objetivo seja somente atear o disputa acerca do tema no mundo jurídico.

Os basilares limites fundados pela doutrina tratam-se: imparcialidade; fatos e circunstâncias constantes dos autos; lide ou objeto litigioso; princípio do ônus subjetivo da prova; contraditório e ampla defesa e princípios da demanda, legalidade e motivação.

Com a análise do artigo 130 do CPC, assiste-se que o código não aplica o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a seu favor a ação, que só pode ser ajuizado por ela, interessada, após o ajuizamento dos autos, o impulso do processo é oficial.

Há que se ter a reflexão, além do interesse da parte, a verificação quanto à lide em si e, o interesse estatal, em ver o litígio resolvido de forma justa e seguindo as regras do Direito⁷⁵.

Em outros tempos não se via por este prisma, discorre Humberto Theodoro Júnior⁷⁶:

Em Roma, por exemplo, não se atribuía ao juiz a atividade investigatória, que ficava a cargo apenas das partes, princípio que perdurou na Idade Média entre os povos que se orientavam pelas tradições romano-germânicas. Foi somente a partir do Código Prussiano (1793-1795) que se ensaiou, durante algum tempo, o regime de investigação probatória a cargo do juiz. No século XIX, enfim, graças à influência dos Códigos de Processo Civil do Cantão de Genebra (1819) e da Áustria (1895) e, sobretudo, sob a influência de Franz Klein, os poderes do juiz em tema de apuração da verdade foram acentuados. Daí em diante o processo civil europeu continental, assim como os dos países ocidentais dele derivados, generalizou a iniciativa probatória do juiz como uma das mais importantes características do processo justo, cuja finalidade tutelar não pode se afastar da busca da verdade real,

⁷⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 436.

⁷⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 184.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.444.

na medida do possível.

Isso posto, hodiernamente o magistrado deixou de ser simples árbitro, e investiu de poderes inerentes a sua jurisdição em busca verdade real para resolução da lide.

Evidente que este poder é ponderado dentro de limites principiológico quanto aos ônus processuais e presunções legais, na maioria das vezes a vontade ou a conduta da parte influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz nessa matéria⁷⁷.

Assim, ocorre quando o réu não se defende a ação, e esta não versa sobre direitos indisponíveis, ou ainda, na defesa, deixar de opor exatamente os fatos ou, algum fato exposto na inicial.

Sobrevém então à presunção legal da veridicidade dos fatos expostos que se volveram incontroversas nos termos dos arts. 319 e 302 do Código de Processo Civil⁷⁸.

Discorre de Humberto Theodoro Junior⁷⁹:

Também a confissão, de forma expressa ou como consequência de recusa a depoimento pessoal, tem grande efeito sobre a prova. Uma vez estabelecida a verdade plena acerca do fato constitutivo do direito disputado no processo, por força da confissão, não cabe iniciativa alguma do juiz para buscar outras provas contra a versão do confitente, máxime quando se tratar de litígio acerca de direitos disponíveis.

Dantes a doutrina encontrava no ônus da prova, uma barreira se o juiz tomasse ação de gerar uma prova não diligenciada oportunamente pela parte interessada. Tão somente nos estados de embaraço entre elementos de convicção colidentes, já existentes nos autos, é que se aceitava o juiz, de ofício, produzir outras provas⁸⁰.

Posto que acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase derradeira de julgamento da lide e não durante a colheita dos elementos de instrução da causa – utilizar-se o ajuste com a verdade real.

⁷⁷ VÍDERO, Samantha. *Teoria Geral da Prova no Direito Processual Civil*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1507&idAreaSel=15&seeArt=yes>. Acessado em: 14.07.2013.

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 .p. 517.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012.p. 444.

⁸⁰ Nesse sentido: FRANCO, Sandra Rose de Mendes Freire e. *Os limites do poder instrutório do juiz*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10885. Acessado em: 14.07.2013. NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 .p. 5.

Sem interdição de a iniciativa probatória do julgador deparam-se cultivada na maioria dos Códigos modernos, poucas vezes hostis à liberdade judicial de encaço da verdade real, sob o ensejo de que a elevação de tal poder, fragilizaria a imparcialidade do julgador, que é elemento indispensável a feito do devido processo legal, jamais podendo ser ele parcial.

Existem meios de limitação para conservar imparcialidade do juiz, eles não causam sua inércia diante da iniciativa da busca da verdade real. Os remédios contra os danos que a parcialidade pode transmitir a presteza do juiz são outros, e segundo Taruffo apud Theodoro Jr.⁸¹:

Consistem na plena atuação do contraditório das partes, também por obra do próprio juiz, e na necessidade de que ele redija uma motivação analítica e completa, racionalmente estruturada, sobre a base de justificações controláveis, para a decisão sobre os fatos.

Dessa forma, no processo atual, o juiz jamais pode ficar alheio da observação da verdade material. Essa atuação do magistrado objetiva não apenas a propiciar a ligeira solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a apresentar às partes uma assistência judicial. No entender de Fritz Bauer apud Humberto Theodoro Junior⁸²:

Não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis.

Porém, cabe ao juiz o cuidado para não comprometer a sua imparcialidade na condução do processo. A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não de atividade fora dos autos, sugerida por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares auferidos pelo magistrado fora do controle do contraditório.

Conforme adverte Humberto Theodoro Júnior⁸³, “os poderes conferidos

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 45.

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 446.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 446.

ao juiz, em matéria de investigação probatória, engendram a figura do juiz ativo, mas não do juiz autoritário”.

Sua cooperação na busca da verdade real não tem o bojo de anular ou impedir a iniciativa competente das partes. Trata-se de atividade integrativa e supletória⁸⁴, de modo que, quando estas praticam seus poderes para produzir todas as provas disponíveis e o abastecem dos elementos satisfatórios para a verificação dos fatos proeminentes da causa, não há nenhuma indigência de que o juiz use seus poderes instrutórios.

Nesse estreito endividamento não é com a posição de qualquer das partes, mas com a veracidade, sem a qual não se alcança a justiça, para efetivação da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

O magistrado que faz concordar seu poder, para empenhar a prova apenas dos fatos que velam e patrocinam uma das partes, equivoca-se gravemente, pois nessa conjunção em ser neutro, embaraça o quadro fático do litígio.

Tão ou mais grave é a atitude de insensibilidade à verdade, quando cabe à abrangência do juiz o meio de desvendá-lo. Ao eleger julgar o litígio, na sombra da imprecisão e fria técnica, decisivamente, pode-se subentender que esse não é um julgador empenhado com os nortes constitucionais do equitativo processo ansiado pelo contemporâneo Estado de Direito.

4. TEORIA DINÂMICA DA DIVISÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

4.1. FONTES DE PROVAS

São fontes de prova às pessoas e as coisas e são meio de provas os instrumentos utilizados para obtê-las – as fontes. Estes são os elementos que ajudarão o magistrado a formar sua convicção⁸⁵.

Há fontes reais e pessoais. Sendo que as fontes pessoais são adquiridas diretamente por pessoas, sejam testemunhas por exemplo. Já, são fontes reais aquelas que dependem de interpretação, a exemplo a prova pericial, a prova documental.

Neste sentido, corrobora Humberto Theodoro Junior⁸⁶:

Fonte é aquilo que se utiliza para comprovar o fato inspecionado (como o

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 446.

⁸⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 32.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 438.

relato in concreto de uma testemunha, o efetivo conteúdo de um documento, o teor de uma confissão, ou a informação técnica prestada pelo perito).

4.2. ÔNUS DA PROVA ACEPÇÃO GERAL

Tal como já depreendido neste estudo, o princípio do dispositivo é de suma importância para o Processo Civil, este, por sua vez recebe relevância quanto ao ônus da prova⁸⁷.

Trata o princípio do dispositivo que devido o autor indicar na exordial os fundamentos de fato que baseiam o pedido, recai ao magistrado a observância em sentenciar no mesmo sentido, para não recair em decisão *extra, ultra* ou *cintra petita*, e assim, decidir de forma nula⁸⁸.

Ressalta-se que a prova é um ônus, e não um dever, portanto, em caso da sua não apresentação/colhida, implicará em prejudicar uma das partes, no sentido de os litigantes assumem o risco em não obter êxito na demanda e assim, deixar de provar os fatos alegados estes, que por sorte dependiam da existência do direito subjetivo, o qual se pretendia proteger por meio da tutela jurisdicional⁸⁹.

Assim, entende-se por verídica a atribuição do fato alegado e não provado, o mesmo que dizer: “ser inexistente”⁹⁰.

Quem aduz um direito, pretende prová-lo e para tanto, o ônus da prova é a necessidade em provar para lograr êxito na demanda.

O réu no momento em que contesta se defende do litígio, e nega o fato o qual é baseado a pretensão do Autor da demanda, terá à sua incumbência provar o fato impeditivo, modificativo, ou extintivo.

Assim, ao se defender de forma indireta, o Réu invoca fato capaz de alterar ou eliminar (fato modificativo ou extintivo) as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se e passa ao autor o ônus em provar⁹¹.

Neste sentido trata o artigo 333, do Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato consti-

⁸⁷ Nesse sentido: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. P. 20. ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p. 518.

⁸⁸ LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

⁸⁹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 19.

⁹⁰ ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p. 517

⁹¹ ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p. 518.

tutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Como muito bem aponta Elpídio Donizetti⁹²:

É inerente as partes a indicação na peça inaugural e na defesa, demonstrar os meios de provas que se pretende se valer a fim de demonstrarem suas alegações (art. 282, VI⁹³ e 300⁹⁴, in fine do CPC). Serão na fase de encerramento postulatório que se fixará os pontos controvertidos e, individualizado as providências preliminares (artigo 324⁹⁵, in fine, do CPC). E ainda sim, apesar de o artigo 324, in fine, facultar apenas ao autor a oportunidade de individualização dos meios probatórios, em face do réu, ao juiz é assegurado conceder tratamento igualitário às partes, nos termos do quanto assevera o artigo 125, I do CPC⁹⁶.

A título de exemplo cita uma lide com base em Ação de despejo por falta de pagamento, caso o Réu venha alegar a inexistência da relação contratual, o ônus da prova, será do autor. Contudo, se alegar pagamento prévio dos aluguéis reclamados (fato modificativo ou extintivo), o *onus probandi* será seu⁹⁷.

Quanto da distinção entre *negação do fato* e *fato negativo* aponta a Humberto Theodoro Júnior⁹⁸:

⁹² DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito Processual Civil*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 551.

⁹³ Art. 282. a petição inicial indicará: (...)VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados(...)

⁹⁴ Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

⁹⁵ Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

⁹⁶ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento (...).

⁹⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. P. 165. ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p. 519.

⁹⁸ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P.447. RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 200.

A simples negação do fato constitutivo, naturalmente, não reclama prova de quem a faz. O fato negativo, porém, aquele que funciona como fato constitutivo de um direito, tem sua prova muitas vezes exigida pela própria lei. É o que ocorre, por exemplo, com a prova do não uso, por 10 anos, para extinguir-se a servidão (Código Civil de 1916, art. 710, III; CC de 2002; art. 1.389, III), ou da omissão culposa, em matéria de responsabilidade civil (CC de 1916, art. 159; CC de 2002, arts. 186 e 927). Em casos como esses, a parte que alega o fato negativo terá o ônus de prová-lo.

Aponta Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁹⁹ finalmente que em relação às regras do ônus da prova caso esgote todos os meios de possibilidade para provar um fato, e este não tiver sido aclarado, havendo qualquer outro meio e a outra parte da demanda puder contribuir para a formação do convencimento do juiz, ele deverá determiná-la de ofício, assim é este o sentido que trataremos no item abaixo.

4.3. TEORIA DA DIVISÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO FORMA DE ATENDIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Hodiernamente discute-se entre os doutrinadores se ainda prevalece o entendimento de que o ônus da prova seja rígido e estático, isto porque se distribui prévia e abstratamente o encargo probatório¹⁰⁰.

Veza que o magistrado sente-se engessado por vezes, ao pretender acessar a verdade real, isto se prevalecer o entendimento de que a apreciação do litígio deve ser rigorosamente imposta da literalidade do artigo 333, do CPC. E ainda, como muito bem assevera Eupídio Donizetti:

Por desconsiderar as especificidades e particularidades do caso concreto, a distribuição previa do ônus de prova pode, em determinadas circunstâncias, tornar a tarefa de produzir a prova demasiado árdua para uma das partes, afastando-se, pois, da ideia comum de justiça.

Neste sentido há vasto entendimento jurisprudencial e doutrinário a fim de admitir o amortecimento no rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo artigo 333, do CPC¹⁰¹.

⁹⁹ LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

¹⁰⁰ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 553.

¹⁰¹ Nesse sentido: ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. pp. 515-19. NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo civil e legislação processual em*

Aduz Humberto Theodoro Júnior¹⁰²:

Fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio do qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído pelo juiz o encargo da prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria que fazê-lo.

Portanto, menciona-se que os elementos já apontados nos autos tornem verossímil a versão afirmada por uma das partes e, que para tanto o magistrado, na fase de saneamento, determine a produção das provas que entender necessárias, e ainda, defina a nova responsabilidade pela respectiva produção¹⁰³.

Essa possibilidade não se trata de revogação do sistema do direito positivo, mas sim, de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido, sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional¹⁰⁴.

De qualquer sorte, esse abrandamento do rigor da literalidade do artigo 333, do Código de Processo Civil dependerá das condições particulares do caso em concreto, vez que o desenvolvimento do processo seja capaz de admitir um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, primordialmente, a possibilidade de o fato ter ocorrido, tal como afirma o litigante, a que compete o ônus de prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade a esclarecê-lo por completo¹⁰⁵.

Deste modo, havendo prova inacabada, mas configurada a verossimilhança o juiz estará autorizado em estabelecer o esclarecimento completo do que ocorreu ao outro litigante, ou seja, àquele que detenha, de fato, e condições de evidenciar que o evento não teria se passado de acordo com o afirmado pela parte considerada hipos-

vigor. 39. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 475.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012.p. 448.

¹⁰³ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

¹⁰⁴ Machado & Mallmann. Disponível em: <http://machadoemallmann.com.br/publicacoes?-cd=3>. Acessado em: 14.07.2013

¹⁰⁵ Castro, Ana Paula de. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=90%2096. Acessado em: 14.07.2013.

suficiente, em termos probatórios¹⁰⁶.

A não deleção dos fatos constitutivos do direito praticados em juízo, por aquele contra quem o ônus fora invertido, ocasionará o êxito daquele que do mesmo ônus fora liberado. O juízo, antes de verossimilhança, se consolidará graças ao novo rumo emprestado à distribuição dinâmica do ônus da prova¹⁰⁷.

Deve haver devido respeito acerca dessa excepcional posição do juiz, para não se tornar arbitrária, e para tanto, necessário que a decisão alteradora dos quesitos tratados no artigo 333, do CPC seja feita racionalmente¹⁰⁸. De acordo com o entendimento de Luiz Guilherme Marononi apud Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁹:

O juiz deverá, ao ordenar a inversão, proferir um julgamento lógico, capaz de revelar e fazer compreender, através de adequada fundamentação, como formou de maneira racional sua convicção, e quais os elementos que a determinaram.

Esta teoria merece total atenção, posto que a mesma não se presta a dispensar totalmente do ônus da prova por aquela parte que, segundo o artigo supra mencionado, tem o dever legal de provar a base fática de sua pretensão, mas somente de aliviá-la de algum aspecto do evento probatório, para o qual não tem acesso ou condições de investigação suficiente, ao passo que o adversário se acha em situação de fazê-lo¹¹⁰.

Para assegurar a correta aplicação dessa teoria, é necessário verificar o quanto aponta Humberto Theodoro Júnior¹¹¹:

A) a parte que suporta o redirecionamento não fica encarregada de provar o fato constitutivo do direito do adversário; sua missão é a de esclarecer o fato controvertido apontado pelo juiz, o qual já deve achar-se parcial ou

¹⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011. p. 421.

¹⁰⁷ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.39.

¹⁰⁸ ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p. 517.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 449.

¹¹⁰ KOMMERS, Ezequiel Rodrigo. O Ônus Dinâmico da Prova no Processo Civil Brasileiro. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1326/TC%20para%20entrega.pdf?sequence=1> Acessado: 14.07.2013.

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 449.

indiciariamente demonstrado nos autos, de modo que a diligência ordenada tanto pode confirmar a tese de um como de outro dos litigantes; mas, se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido; B) a prova redirecionada deve ser possível; se nenhum dos contendores tem condição de provar o fato, não se admite que o juiz possa aplicar a teoria da dinamização do ônus probandi; para aplica-la de forma justa e adequada, o novo encarregado terá de ter condições efetivas de esclarecer o ponto controvertido da apuração da verdade real; se tal não ocorrer, o ônus da prova continuará regido pela regra legal estática, isto é, pelo artigo 333; C) a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz, e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.

O Superior Tribunal de Justiça, em seu Recurso Especial nº 316.316/PR, citado por Humberto Theodoro Júnior¹¹², menciona que poderá ser exemplarmente utilizado o sentido qual demonstra a aplicação de maneira justa, a dinamização da prova: ao apreciar uma causa entre o adquirente de cartela de “telebingo” e, a empresa promotora do sorteio pela televisão, referido Acórdão aduziu que ao consumidor bastaria comprovar que se achava habilitado ao concurso, mediante exibição da cartela e do registro dos números sorteados.

O sistema da distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser compatibilizado com o direito positivo brasileiro, posto reconhecer a princípio, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não elencados no Código de Processo Civil.

Este meio é tido como hábil para o fim de se provar a verdade dos fatos, ao qual foi fundada a ação ou a defesa, de acordo com o artigo 332 do CPC¹¹³, e também se atribui à presunção a força do meio de prova. Além de quê a figura entre os deve-

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 450.

¹¹³ Art. 332. todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

res da parte, durante a instrução da causa, é praticar o ato que lhe for determinado pelo juiz, segundo o artigo 340, do Código de Processo Civil¹¹⁴.

Caso injustificadamente uma parte deixe de produzir sua prova e esta esteja ao seu alcance, e não justificar a recusa omitirá no cumprimento da ordem judicial, ficará autorizado o uso de seu comportamento como indício de elemento útil ao julgamento da causa. Posto que no âmbito das provas indiciárias, ou, circunstanciais valer-se-á pelo emprego do dinamismo do ônus da prova¹¹⁵.

Em audiência preliminar e na sentença que o direito material exigirá a inversão do ônus da prova, mesmo não permitam a formação de convicção de verossimilhança¹¹⁶.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹¹⁷:

A inversão do ônus da prova, em princípio, deve dar a parte que originalmente não possui o ônus da prova, a chance de produzi-la. Nessa lógica, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, sob pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo.

Porém no fato de o réu ter condições de provar a não existência do ato/fato constitutivo, não permite por si só a inversão do ônus da prova. Apenas ocorrerá quando as especificidades da situação de direito material, componente do processo ratificar que não é racional a ultimato do elemento probatório do fato constitutivo, entrementes determinar a prova de que o fato constitutivo não existe, ou seja, a inversão do ônus da prova é forçosa de uso do bom senso quando ao autor for impraticável, ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu mais fácil de provar a sua inexistência. Assim, o juiz terá a avaliação independente de quem foi que a lançou¹¹⁸.

Sendo impraticável a produção da prova às duas partes, não há que se arra-

¹¹⁴ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 247.

¹¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011. p. 419.

¹¹⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 452.

¹¹⁷ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 328.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/8845/formacao-da-conviccao-e-inversao-do-onus-da-prova-segundo-as-peculiaridades-do-caso-concreto#ixzz2Z3tRemu8>. Acessado em: 14.07.2013.

zoar em inversão do ônus da prova em audiência preliminar.

Nesses casos, o julgador não conseguirá aperfeiçoar convicção de verossimilhança, e, portanto, surgirá uma circunstância de se viabilizar o esclarecimento probatório, contudo premissa é saber se tal situação de falta de objetividade deve ser tolerada pelo autor, ou seja, por aquele que tem o ônus de provar.

Discorre o exemplo dado por Gerhard Walter apud Luis Marinoni e Arenhart¹¹⁹:

A vítima que foi nadar em clube de natação que deixou de informar, seguindo as regras legais, a profundidade das piscinas aptas aqueles que ainda estavam aprendendo a nadar. Ocorrida a morte em piscina de grande profundidade, sem que essa estivesse definida como imprópria aos nadadores iniciantes - mediante placa informativa, como impunha a legislação, os familiares do falecido ingressaram com ação ressarcitória. Os autores afirmaram que a vítima morreu afogada, enquanto o réu disse que a morte teria sido ocasionada por um colapso. Não havia como demonstrar uma coisa nem outra, e assim existia uma situação de “inesclarecibilidade”. Diante da impossibilidade de produção de prova, sequer indiciária, o juiz não teve condições de chegar nem mesmo a uma convicção de verossimilhança. Frise-se que, nesse caso, além de ter sido impossível a inversão do ônus da prova na audiência preliminar, o juiz não encontrou uma convicção de verossimilhança.

Sobre a inversão do ônus, e a aplicação da dinâmica das provas tem-se destacar que a relação de consumo. Alternativamente, que a alegação articulada pelo consumidor é verossímil, ou que por ser hipossuficiente merece atenção. A inversão não ofende o princípio da isonomia, devendo o juiz se valer quanto ao princípio da fundamentação nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal¹²⁰.

Tem-se ainda como forma de exemplo para a dinâmica das provas os fatos notórios¹²¹.

Nesse sentido abrilhanta Moacyr Amaral Santos¹²²:

Com efeito, em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por uma experiência

¹¹⁹ ARENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹²⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 404.

¹²¹ RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 211.

¹²² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito Processual Civil*. 2º vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 343.

contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica ou dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*. É certo, por outro lado, que essa *communis opinio* pode variar, conforme o lugar, o tempo, o progresso da ciência ou da técnica, às transformações políticas, sociais, religiosas etc., mas não deixa de ser também certo que as afirmações nela fundadas, pó qualquer esfera social, em que se formou, adquirem autoridade que a afirmação individual não pode ter, porque aquela traz consigo e resulta da crítica e da apuração coletiva.

Assim, diante das experiências vividas em coletividade, a própria sociedade poderá fiscalizar a exatidão dos litigantes e do magistrado. Portanto, é um exemplo de que há regras que podem ser flexibilizada e no presente exemplo, com efeito preconiza o artigo 334, I do CPC, *que independem de prova os fatos notórios*¹²³.

Cândido Rangel Dinamarco¹²⁴ disserta que o “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Ao final, de todos os apontamentos descritos tem-se que a dinâmica das provas decorrem dos princípios da igualdade art. 5º, *caput*, da CF e art. 125, I, CPC, lealdade, boa-fé e veracidade arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, do CPC) e do princípio da cooperação com o órgão jurisdicional art. 339, 340, 345 e 355, do Código de Processo Civil)¹²⁵.

Tendo em vista o apresentado verifica-se que a dinâmica do ônus da prova é um meio de se fazer efetivo acesso à justiça, vez na impossibilidade de realizá-la – prova – pela parte que não detém meios para efeivá-la, poderá a parte se valer da inversão do ônus, sob os olhos atentos do magistrado competente, para então sobressair à justiça que tanto se busca nas demandas.

CONCLUSÃO

Diante da necessidade de se submeter muitas vezes ao pleito jurisdicional do Estado juiz, um pretense demandante se sente vulnerável em obter sua pretensão ouvida e resolvida pelo Estado.

Assim, decorreu a abordagem do tema, com intuito de se valer como parte

¹²³ Nesse sentido: RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 210. ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012. p. 521.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2. ed. Ed. Malheiros. p. 71.

¹²⁵ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 554.

e demonstrar que nós estudiosos do direito e todo o maquinário governamental têm condições de se valer de todos os princípios mandamentais para acessar a justiça tempestivamente e solucionar de forma lúdica tramitação de um processo, com resposta ao social.

Tendo como fulcro que um processo se inicia com a propositura da ação, e se encerra depois de percorrido todo o procedimento processual, com a entrega da prestação jurisdicional invocada, é a marcha processual ditada pelo magistrado que ditará o direito às partes litigantes.

Para fazê-lo de forma a responder o anseio social, em primeiro momento o processo dependerá da cristalina narração dos fatos e a invocação pertinente ao caso, sobretudo diante do bem jurídico que suportou eventual depreciação, moral ou material. Devendo para tanto, deduzir sua pretensão jurídica, adequadamente com a norma que se reputa aplicável.

São norteadas as provas dentro de um aspecto da perspectiva objetiva, ou seja, dentro de uma instrumentalização das afirmações, com o fim de dar conhecimento às partes e ao magistrado, e dentro de uma perspectiva subjetiva em demonstrar ao magistrado a alegação presente, a fim de prestar o conhecimento geral dos adventos pretéritos, assumindo então dentro de uma função dialética e dialógica.

As partes devem se socorrer de todos os meios de prova em direito admitidas, para a finalidade de levar ao magistrado uma convicção em torno dos mesmos fatos. Vez que o magistrado deverá ponderar a veracidade do quanto alegado nos fatos com o fim de solucionar a lide.

Para instrumentalizar o processo as partes devem se utilizar dos meios legais, dos meios moralmente legítimos, mesmo que não taxados no Código de Processo Civil, desde que hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Dentre os meios de prova elencados no Código de Processo Civil verificam-se os seguintes: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial.

Tendo em vista que o Processo Civil ganhou importante vertente rumo autonomia científica, que admitiu a sua abrangência enquanto elemento distinto da relação de direito material. Não se deixou perder de vista a instrumentalidade do processo que, manifesto enquanto relação de direito público tem como finalidade tutelar os bens de direito material.

São bens aqueles tratados e vivenciados pelas partes na vida fática, fora, portanto da esfera do Poder Judiciário. Para ter a veracidade desses fatos são necessárias produções de provas.

Os autos são instrumentalizados a partir de suas narrações e pedidos pelas partes. O juiz, quando se vale do poder instrutório, baseia-se suas limitações impostas pela alegação das partes, devendo se valer apenas dos fatos revelados no processo.

Ao magistrado que faz cominar seu poder, para empenhar a prova apenas dos fatos que velam e patrocinam uma das partes, equívoca-se gravemente, pois nessa conjunção em ser neutro, embaraça o quadro fático do litígio.

Tão ou mais grave é a atitude de insensibilidade à verdade, quando cabe à abrangência do juiz o meio de desvendá-lo. Ao eleger julgar o litígio, na sombra da imprecisão e fria técnica, decisivamente, pode-se subentender que esse não é um julgador empenhado com os nortes constitucionais do equitativo processo ansiado pelo contemporâneo Estado de Direito.

Finalmente em relação às regras do ônus da prova caso esgote todos os meios de possibilidade para provar um fato, e este não tiver sido aclarado, havendo qualquer outro meio e a outra parte da demanda puder contribuir para a formação do convencimento do juiz, ele deverá determiná-la de ofício, assim é este o sentido que trataremos no item abaixo.

Tendo em vista o apresentado verifica-se que a dinâmica do ônus da prova é um meio de se fazer efetivo acesso à justiça, vez na impossibilidade de realizá-la – prova – pela parte que não detém meios para efetivá-la, poderá a parte se valer da inversão do ônus, sob os olhos atentos do magistrado competente, para então sobressair à justiça que tanto se busca nas demandas.

REFERÊNCIAS:

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

_____. ASSIS, Araken e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: G/Z Editora. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BERMUDES, Sergio. *Direito Processual Civil. Estudos e pareceres*. 2ª série. São Paulo: Saraiva. 1994.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: H. Ganier, 1959.

CHAGAS, Carlos Eduardo N.. *Inspeção judicial*. Disponível em: http://caduchagas.blogspot.com.br/2013_01_01_archive.html. Acessado em: 14.07.2013

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2013.

CASTRO, Ana Paula de. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/>si-

- te/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=90%2096. Acessado em: 14.07.2013.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 1993.
- Jornal da tarde. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Porto Alegre: Ed. Globo. 1994.
- COSTA, Marco Antônio Rebouças da. *Considerações Sobre a Prova no Processo Civil*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11358/considereacoes-sobre-aprova-no-processo-civil>. Acessado em: 11.07.2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2. ed. Ed. Malheiros.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2011.
- FRANCO, Sandra Rose de Mendes Freire e. *os limites do poder instrutório do juiz*. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigo_id=10885. Acessado em: 14.07.2013.
- GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/3691/2561>. Acessado em: 14.07.2013.
- GÓIS, Veruska Sayonara de. *Os Limites do Poder Instrutório do Magistrado no Processo Civil*. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil&catid=59:doutrina-nacional&Itemid=20. Publicado em 06.05.2006. Acessado em: 14.07.2013.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(RE) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LENZA, Pedro e GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole. 2006.
- MACHADO & MALLMANN. Disponível em: <http://machadoemallmann.com.br/publicacoes?cd=3>. Acessado em: 14.07.2013.
- MARA, Tânia. *Depoimento pessoal*. Disponível em: http://www.webestudante.com.br/we/index.php?option=com_content&view=article&id=119:depoimentopesoal&catid=10:processo-civil&Itemid=85. Acessado em: 13.07.2013.

MENEZES, Solleon. *Provas no Processo de Conhecimento do Processo Civil – Parte Geral*. Disponível em: <http://solleon.wordpress.com/2008/09/24/provas-no-processo-de-conhecimento-do-processo-civil-parte-geral/>. Acessado em: 14.07.2013.

RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método. 2011.

OLIVEIRA, Fernando José Vianna. *As Provas no Processo Civil*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-provas-no-processo-civil,32434.html>. Acessado em: 13.07.2013.

RENHART, Sérgio C., MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. vol. Tomo I. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito Processual Civil*. 2. vol. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Ed. Saraiva. 1997.

VÍDERO, Samantha. *Teoria Geral da Prova no Direito Processual Civil*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1507&idAreaSel=15&seeArt=yes>. Acessado em: 14.07.2013.

XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/>

disser tacaotriciaxavier.pdf. Acessado em: 14.07.2013.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

KOMMERS, Ezequiel Rodrigo. *O Ônus Dinâmico da Prova no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1326/TC%20para%20entrega.pdf?sequence=1> Acessado em: 14.07.2013.

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: SOBRE UMA CONVIVÊNCIA RESPONSÁVEL DIANTE DOS RISCOS TECNOLÓGICOS

Globalization and law: an association for responsible before the technological risks

ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI

Doutor em História do Direito pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, professor e pesquisador do Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). E-mail: bareska@gmail.com.

QUEILA ROCHA CARMONA DOS SANTOS

Graduada em Direito e Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). E-mail: queila.carmona@ig.com.br.

RECEBIDO EM: 07.01.2013

APROVADO EM: 28.08.2013

RESUMO

Tendo em vista a complexidade pela qual a sociedade global se constitui, busca-se neste artigo refletir sobre um modelo de convivência e proteção da humanidade diante dos riscos do desenvolvimento destes novos tempos. Objetiva-se, portanto, abordar questões atinentes ao direito como perspectiva de segurança frente aos riscos que o constante desenvolvimento tecnológico proporciona, ameaçando de modo global à sociedade. Refletindo sobre alguns dos desafios globais deste século como, por exemplo, o modelo de cidadania e de utilização do espaço público, compreendemos que repensar as formas de regulação da sociedade pelo Direito é uma necessidade que se impõe. Deste modo, a tutela dos direitos humanos fundamentais, sob a perspectiva da (co-)responsabilidade e do reconhecimento mútuo se demonstra como um caminho para atender os novos reclamos sociais de proteção frente aos riscos tecnológicos na pós-modernidade.

PALAVRAS-CHAVE: GLOBALIZAÇÃO. DIREITOS HUMANOS. RISCOS. SEGURANÇA E RESPONSABILIDADE.

ABSTRACT

Given the complexity by which global society is constituted, this article seeks to reflect upon a model of coexistence and protection of mankind from the risks of developing these new times. The purpose is therefore to address issues relating to the right to security perspective view of the risks that the constant technological development provides, threatening holistically to society. Reflecting on some of the global challenges of this century, for example, the model of citizenship and use of public space, rethink understand that the forms of regulation by the law society is a necessity to impose. Thus, the protection of fundamental human rights from the perspective of the (co-) responsibility and mutual recognition is demonstrated as a way to meet new social demands protection against technological risks in postmodernity.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. HUMAN RIGHTS. RISKS. SAFETY AND RESPONSIBILITY.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Globalização. 2. Riscos da pós-modernidade. 3. A vulnerabilidade da sociedade diante dos riscos do desenvolvimento tecnológico e a necessária proteção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Verifica-se na atualidade, dentro do contexto da globalização, uma crescente complexidade nas relações humanas, sejam estas pessoais, jurídicas, comerciais ou internacionais. Estas relações extrapolam o âmbito do indivíduo e ocorrem também entre instituições, empresas, países, organizações diversas, enfim, entre pessoas jurídicas situadas em diferentes regiões do planeta.

Tendo em vista esta mobilidade de relações e os resultados destes “encontros”, busca-se neste artigo refletir sobre aspectos que envolveriam um modelo de proteção da sociedade global, ou seja, da humanidade como um todo, diante dos riscos tecnológicos que se apresentam como uma das possíveis ameaças destes novos tempos. Levamos em conta que todo modelo de proteção deve pautar-se por uma institucionalização de seus meios de forma ativa, ou seja, participativa, e não como uma imposição política vertical, de uns sobre muitos.

Assim, nos propomos nesta pesquisa abordar a globalização na pós-modernidade, sob a perspectiva dos possíveis danos que envolvem um contínuo e acelerado desenvolvimento de inovações tecnológicas que pode ultrapassar as fronteiras de seus objetivos imediatos, ou seja, de quando criados, produzindo efeitos imprevistos – ou que não foram avaliados – atingindo em seus efeitos e desdobramentos as ge-

rações futuras.

O primado do desenvolvimento tecnológico – presente desde a modernidade pós-revolução industrial – e a frenética disputa econômica pelo rápido desenvolvimento de uma tecnologia de ponta, aquela dita a mais “avançada”, pode levar a resultados indesejáveis, uma vez que o conceito de “a tecnologia mais avançada” mostra-se relativo e pode, por exemplo, estar respondendo a uma eficiência na produção que visa apenas o baixo custo a um curto intervalo de tempo, sem levar em conta inúmeros outros fatores sustentáveis e os riscos de suas consequências em um futuro próximo. Nesse sentido a tecnologia desenvolvida e utilizada deve ser apreciada sob qual ótica? E, ainda, qual a crítica e os critérios de avaliação que devem estar presentes na adequação e implantação de um novo procedimento tecnológico, tendo em vista a segurança da humanidade?

Partindo, pois da afirmação que o Estado (regulador) envolvido e imerso pela globalização se pulveriza e, nesse sentido, se enfraquece, de modo que não pode prover com eficiência os novos reclamos de proteção, pergunta-se: como (re) pensar e promover os direitos humanos relativos à segurança frente aos riscos nesta era pós-moderna¹²⁶?

Apesar de ser uma questão interdisciplinar, a resposta para esta pergunta requer reflexões específicas sobre o tema, permitindo a análise desta problemática na atual ciência jurídica diante da complexidade que se apresenta. No entanto, a princípio, é possível considerar a hipótese que para atender os novos reclamos de proteção na pós-modernidade, deverá ocorrer à afirmação de valores basilares de responsabilidade e reconhecimento, tanto pelos Estados como pelos demais sujeitos da sociedade global.

Objetiva-se, portanto, neste artigo, refletir sobre questões atinentes ao direito/dever de segurança contra os riscos que ameaçam de modo global à sociedade. Para tanto a análise se inicia com a globalização e, em seguida, aponta-se para os riscos da pós-modernidade, enfatizando questões relativas às novas tecnologias cujos efeitos colaterais são improváveis ou imprevisíveis, neste sentido, destaca-se a presente vulnerabilidade da sociedade que está constantemente recebendo os efeitos posteriores da utilização destes meios.

O tema desta pesquisa justifica-se pela necessidade de se repensar e de se reconstruir direitos relativos à segurança sob a perspectiva da responsabilidade e do reconhecimento mútuo, tanto numa escala genérica de identidades reconhecidas, como, geopoliticamente, numa perspectiva referente a uma cidade, a uma identidade nacional e, ainda, também, numa escala global, observando-se as diferentes matizes

¹²⁶ Pós-modernidade é uma expressão controvertida, mas utilizada para se referir ao atual contexto histórico, isto é, o momento caracterizado pelas mudanças no comportamento, valores e modos de vida da sociedade, pelas incertezas e riscos inerentes ao desenvolvimento, em que predomina o capitalismo e o consumo. A respeito de pós-modernidade consultar Zygmunt Bauman, *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

das possibilidades de concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana na pós-modernidade.

1. GLOBALIZAÇÃO

Para dar início às reflexões deste artigo importa abordar questões pontuais sobre a globalização que pode ser considerada como um dos fenômenos mais significativos no cenário da nova modernidade.

André-Jean Arnaud¹²⁷ aponta que a globalização pode ser entendida como um paradigma – ou como um valor paradigmático para justificar o interesse dos mercados de capitais. No entanto, a globalização econômica seguida como paradigma se torna uma ameaça se ostentar ideais puramente neoliberais na defesa dos interesses econômicos.

A globalização pode fortalecer o fenômeno da universalização que abre caminho para o aparecimento de outros atores de caráter transnacional que, para se desenvolverem livremente mitigam, com o intuito de desvalorização, a identidade local, a soberania nacional, a cultura plural, a política, enfim, a existência da diversidade e do pluralismo dos Estados.

A globalização produz diversos efeitos, positivos e negativos. Observando a globalização econômica podemos afirmar que por meio desta ocorre maior circulação de riqueza pelo mundo, mas ao mesmo tempo há o aumento das desigualdades sociais, pois ainda que ocorra uma aproximação entre os Estados há o distanciamento cada vez maior entre ricos e pobres. Nesse sentido podemos compreender que, apesar do grande desenvolvimento tecnológico ter proporcionado a redução da percepção do espaço e do tempo, por outro lado este desenvolvimento também obscurece a percepção dos processos de dominação e dependência entre as diversas escalas de relações humanas como, por exemplo, no âmbito das relações trabalhistas. Desta forma explica Nicolau Sevcenko que:

Foi esse o efeito que levou os técnicos a formular o conceito de globalização, implicando que, pela densa conectividade de toda a rede de comunicações envolvendo o conjunto do planeta, tudo se tornou uma coisa só. Algo assim como um único e gigantesco palco onde os mesmos atores desempenham os mesmos papéis na única peça em que se resume todo o show. Assistindo a esse espetáculo a partir da nossa perspectiva brasileira – entretanto, com algum senso crítico –, podemos concluir que ou a peça é uma comédia tão maluca que não dá para rir, ou é um drama em que nos deram o papel mais ingrato. Porque o fato é que as mudanças tecnológicas, embora causem vários desequilíbrios nas sociedades mais

¹²⁷ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

desenvolvidas que as encabeçam, também canalizam para elas os maiores benefícios. As demais são arrastadas de roldão nessa torrente, ao custo da desestabilização de suas estruturas e instituições, da exploração predatória de seus recursos naturais e do aprofundamento drástico de suas já graves desigualdades e injustiças¹²⁸.

O pensador Ulrich Beck¹²⁹ afirma que “a globalização acentua o caráter processual da transnacionalidade”. Deste modo, o caráter transnacional que não reconhece fronteiras e nem territórios é favorecido pelo global, sendo que, neste momento histórico, nesta nova modernidade ou pós-modernidade, limites espaciais já não são relevantes como marcos fronteirícios de soberania frente ao capital.

A ideia de uma aldeia global, que produz uma visão positiva da globalização pode ocultar, pois, em alguns pontos, este fenômeno que unifica o mundo por meio de interesses comuns dos Estados, de modo que as distâncias e fronteiras não oferecem mais obstáculos para o livre curso de negociações, informações e ideais, mas que, por outro lado, os mecanismos de seleção da circulação do capital priorizam certos caminhos e setores daqueles países e corporações que conseguem absorver a maior parte dos lucros desse processo. A perversidade desse sistema acaba incidindo em bolsões de trabalho, análogos à escravidão, caracterizados pela dependência econômica.

Ainda que a globalização seja um fenômeno global, é importante ressaltar que ela se dá a partir do âmbito local, em um movimento dinâmico das influências do local para o global e do global para o local. A partir dessa consideração, podemos entender que o movimento da globalização e o processo de universalização são contraditórios, pois o primeiro se dá pela dinâmica local/global - global/local e o segundo se desenvolve negando ou aniquilando o localismo.

Para exemplificar esta tendência do universalismo e dos atores transnacionais podemos citar as empresas transnacionais - organizações econômicas gigantes - que surgem neste cenário pós-moderno, abalando de forma considerável o poder estatal.

As empresas transnacionais acabam favorecendo as economias mais liberais e os Estados com leis mais flexíveis e favoráveis a este novo modelo de organização em detrimento daqueles que pretendem ter algum controle sobre o mercado a fim de não ser dominado pelo poder econômico.

Tais Estados, que alcançam este favorecimento, podem ser entendidos, como Estados enfraquecidos que não podem atender as necessidades de sua sociedade. Assim surge a necessidade de novos atores para suprir as deficiências internas,

¹²⁸ SEVCENKO, Nicolau. *A Corrida para o Século XXI – No loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 21.

¹²⁹ BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 157.

como, por exemplo, a falta de empregos, rendas, serviços sociais, entre outros.

Wolfgang Friedmann¹³⁰, na década de 70 já visualiza esta nova função da empresa, afirmando que o amplo desenvolvimento da empresa moderna fez com que esta alcançasse proporções internacionais, tornando-se uma organização econômica gigante e impessoal. De modo que no cenário internacional as empresas passam a operar suas atividades em países menos desenvolvidos, e em razão dos interesses econômicos vinculam-se aos interesses governamentais, provendo benefícios sociais e econômicos àquele determinado Estado.

No entanto, os atores transnacionais se diferem dos atores internacionais que possuem raízes fixadas em um território e se submetem a um ordenamento jurídico determinado. De modo diverso, as transnacionais estão por toda parte do mundo ao mesmo tempo, sem fixar suas raízes neste ou naquele Estado, de forma que escapam aos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Neste sentido, as transnacionais não reconhecem fronteiras e trabalham por mitigar a soberania estatal para viabilizar melhor fluidez dos negócios e desenvolvimento dos mercados, o que pode representar uma grave ameaça ao localismo, às economias locais, à cultura e até ao pluralismo jurídico.

Arnaud¹³¹ ao refletir sobre a globalização e o Direito afirma que:

uma nova ordem se impõe, desconcertante, na medida em que as nações erigidas em estados, até agora soberanos – pelo menos no que diz respeito aos países “centrais”, pouco acostumados a dobrar a espinha -, mostram-se cada vez menos capazes de controlar suas economias e suas moedas. Percebe-se, ao mesmo tempo, que os modos tradicionais de regulação não preenchem mais sua função, que o direito não tem mais a mesma capacidade de assegurar a função para a qual ele havia sido erigido em modo privilegiado de regulação social.

Esta reflexão sintetiza com muita precisão a atual realidade, pois aponta os reflexos da globalização no enfraquecimento da figura estatal e consequentemente do próprio direito que em sua forma tradicional, puramente estatal, se demonstra ineficiente para regular e assegurar direitos à sociedade.

Entretanto, quanto ao direito e à transnacionalidade vale destacar os direitos humanos e a *lex mercatoria*¹³² – direito comum que regula o mercado econômico

¹³⁰ FRIEDMANN, Wolfgang. *Mudança da estrutura do Direito Internacional*. Tradução de A. S. Araújo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. pp. 29-30.

¹³¹ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1.

¹³² Francesco Galgano sustenta que a nova *lex mercatoria* é duplamente extra estatal por se tratar de um direito transnacional e um direito consuetudinário. (*Lex mercatoria*. 2010. p. 284).

em escala global - como direitos transnacionais pelo respectivo alcance e reconhecimento universal.

Assim, tendo em vista a *lex mercatoria* Francesco Galgano¹³³ afirma que por meio desta ocorre o encontro da globalização econômica e a universalidade do direito, de modo que, para regular e/ou tutelar as relações e contratos do mercado econômico global é necessário um direito universal que, neste caso, se funcionaliza por meio da *lex mercatoria* como lei transnacional.

Arnaud¹³⁴, diante deste complexo cenário de regulação e controle em face da globalização sustenta que devemos reaprender tudo, ou seja, aprender a administrar o pluralismo, a complexidade, a passagem do modernismo para o pós-modernismo.

Ulrich Beck¹³⁵ reafirma esse contexto expondo que globalização significa sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial. Sendo que, sociedade mundial significa sociedade não-territorial, não-integrada, não-exclusiva, mas com algum tipo de vínculo local e compreendida como o horizonte no qual se mesclam o capital, a cultura e a tecnologia para além do poder ordenador do Estado nacional.

Deste modo, o fenômeno da globalização, norteador de complexidade, desencadeia uma série de efeitos que proporcionam aproximação social e geográfica das sociedades-estatais, formando de fato a *sociedade mundial sem Estado-mundial*, no sentido de um ente regulador de toda esta rede de entrelaçamento.

O atual momento histórico, portanto, fomenta reflexões, pois mudanças estruturais estão em curso, tendo em vista que o direito passa a ser repensado e o Estado aos poucos se transforma.

Neste sentido, se verifica também outras mudanças, pois assuntos tratados no âmbito dos Estados ou das sociedades estatais passam a ser de interesse comum da humanidade, como, por exemplo, a prevenção contra os riscos do desenvolvimento ligados ao progresso tecnológico que, entre outros fatores, transforma a sociedade pós-moderna em uma sociedade mundial do risco¹³⁶.

Os efeitos de determinados riscos tecnológicos podem ultrapassar fronteiras, ainda que sua origem esteja intimamente ligada a um território. Deste modo, quando espaços locais são tomados por eventos que oferecem riscos, ainda que hipotéticos, mas com potencial para se espalhar e causar danos, o tema passa a ser de

¹³³ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2010. pp. 284-287.

¹³⁴ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 71.

¹³⁵ BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹³⁶ BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 175.

relevância não apenas local, mas global.

Logo, tendo por base o alcance de determinados riscos produzidos pelo homem é possível afirmar que tal realidade deve ser regulada pela ciência jurídica. Todavia, a proteção deve se dar por meio de mecanismos compatíveis com as especificidades da pós-modernidade, eficientes para afastar tais riscos e criteriosa na responsabilização de tecnologias cujos efeitos põem em risco a sociedade.

2. RISCOS DA PÓS-MODERNIDADE

Anthony Giddens¹³⁷ sustenta que risco se refere a infortúnios ativamente avaliados para o futuro e propõe uma distinção entre dois tipos de riscos - o *risco externo* e o *risco fabricado ou criado*. O risco externo se trata do risco experimentado, vindo, por exemplo, da natureza, já o risco fabricado ou criado, decorre do impacto do crescente conhecimento e desenvolvimento, especialmente em razão de situações que temos pouca experiência histórica.

Giddens avalia que na atualidade ocorre a transição do risco externo para o risco criado. Neste sentido, o risco assume uma importância nova e peculiar, pois a sociedade está mais exposta a riscos desconhecidos em razão dos avanços tecnológicos e científicos.

Tratando, pois dos avanços tecnológicos desta era, podemos afirmar que novas tecnologias colocadas no mercado em escala mundial trazem consigo ameaças de riscos hipotéticos que seus criadores não os conhecem ou não possuem certeza científica de suas potencialidades, neste sentido, podemos citar as nanotecnologias e os organismos geneticamente modificados (OGMs). Esta realidade relativa às novas tecnologias retrata a *teoria do risco criado* de Giddens, sobre os quais temos pouca experiência histórica.

Teresa Ancona Lopez¹³⁸ ao tratar dos riscos, conceitua como um importante aliado para se evitar danos à sociedade o princípio da precaução:

aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza.

Com base no entendimento da autora os riscos podem ser evitados por

¹³⁷ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

¹³⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 103.

meio de dois princípios: (1) o princípio da prevenção e (2) o princípio da precaução. O primeiro é aplicado quando os riscos são certos e determinados, já o segundo aplica-se quando os riscos são hipotéticos e indeterminados.

Os riscos inerentes às novas tecnologias como, por exemplo, as nanotecnologias¹³⁹ e OGMs¹⁴⁰ são considerados hipotéticos, pois ainda que tais tecnologias se encontrem disponíveis no mercado, inseridas em produtos para consumo, os riscos e efeitos colaterais ainda não foram totalmente descartados por meio de testes toxicológicos.

Beck¹⁴¹ expõe que a ciência deve aderir a uma nova concepção de desenvolvimento tecnológico, que se volte para a indicação de caminhos alternativos, de modo que se inverta essa tendência de desenvolvimento indesejado.

Portanto, tendo por base a teoria do *risco criado*, importa afirmar que o desenvolvimento tecnológico deve ser seguro e sustentável, voltado para o atendimento das necessidades humanas.

É nesse sentido que podemos contrapor à técnica a ideia de crítica. O historiador Nicolau Sevcenko explica que a palavra crítica vem do grego e significa “decidir”, “discernir” além de sua raiz estar ligada a ideia de “critérios” e de “crise”. Desta forma, o desenvolvimento tecnológico que põe em risco a nossa sociedade deve ser posto lado a lado com funções judiciosas, corretivas e orientadoras da crítica. Para o autor três momentos são fundamentais: a) desprender-se do ritmo frenético das mudanças atuais; b) recuperar o tempo da própria sociedade; c) sondar o futuro pondo a técnica a serviço de valores humanos.

Essa reflexão em três tempos não deve se limitar aos interesses das sociedades e das gerações atuais, mas levar em conta a sobrevivência e a qualidade de vida também das gerações futuras – considerando, portanto, valores de longa duração como participação democrática nas discussões e decisões que dizem respeito a todos, distribuição equitativa dos recursos e oportunidades gerados pelas transformações tecnológicas, luta contra todas as formas de injustiça, violência e discriminação, e preservação dos recursos naturais. Esses são os critérios para que se possa julgar criticamente o presente, com sentido histórico e senso de responsabilidade em

¹³⁹ Nanotecnologia é o nome dado à ciência que explora materiais em escala atômica ou molecular, ou seja, que explora materiais numa escala bastante reduzida. O nanômetro (nm) é uma unidade de medida que equivale a um bilionésimo de metro, assim, por meio da nanotecnologia é possível manipular estruturas muitíssimo pequenas para formação de novas estruturas e materiais, possibilitando a criação e aperfeiçoamento de tecnologias e produtos.

¹⁴⁰ A lei 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados. Para os efeitos da Lei, considera-se: organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética.

¹⁴¹ BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 177.

relação ao futuro¹⁴².

3. A VULNERABILIDADE DA SOCIEDADE DIANTE DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO

Tendo em vista a irreversibilidade de determinados danos, importa, pois repensar as formas de regulação e de desenvolvimento a partir de um novo paradigma, para de fato afastar os riscos indesejáveis que ameaçam de modo global.

Em termos de regulação jurídica, Norberto Bobbio¹⁴³ sustenta que:

os direitos não nascem todos de uma vez [...]. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens.

Desse modo e diante das ameaças que reclamam novos direitos, estas deverão ser “enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor¹⁴⁴”.

Os direitos nascem, portanto, quando surgem novas ameaças à sociedade, ou novos reclamos sociais devido ao aumento do poder do homem. De acordo com o pensamento de Bobbio tais ameaças ou novas necessidades sociais podem ser combatidas e ou supridas por meio do mesmo poder, de modo que o poder ameaçador intervenha de modo protetor em benefício da sociedade.

Latouche¹⁴⁵ em meio as suas críticas acerca do crescimento pelo crescimento, afirma que “todos os governos são, queiram-no ou não, “funcionários” do capital”. Neste sentido, se destaca o poder da globalização e das empresas sobre as políticas estatais. Assim, a partir desta realidade de fortalecimento das empresas e enfraquecimento da figura estatal, se torna fundamental inserir neste cenário o poder da sociedade global para promover e garantir direitos relativos à segurança frente aos riscos da pós-modernidade.

No entanto, para que este poder difuso intervenha de modo protetor será preciso uma quebra de paradigma e tomada de consciência global a respeito do dever

¹⁴² SEVCENKO, Nicolau. *A Corrida para o Século XXI – No loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp. 19 - 20.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6.

¹⁴⁵ LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. Tradução de Victor Silva. Coimbra: Edições 70, 2011. p. 96.

de prevenir os *riscos criados* com base em valores essenciais de proteção à humanidade.

Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano¹⁴⁶, sob uma visão humanista, sustentam o valor da ética ou responsabilidade como o novo valor que concretiza a dignidade da pessoa humana, diante das necessidades que estão surgindo nesta era tecnológica, para além da solidariedade, refletindo, pois como uma resposta às carências deste novo tempo, no plano de afirmação de valores para assegurar um progresso técnico e científico seguro à humanidade.

Neste sentido, com base nas peculiaridades desta nova era em que muitas decisões passam a ser de interesse global, pode-se considerar que a tutela vertical da era moderna, na qual imperava a simplicidade e o positivismo, não pode com eficiência garantir os interesses de proteção da atual sociedade, pois, assim como afirma Beck, com a globalização vivemos numa sociedade mundial sem Estado ou governo mundial.

Arnaud¹⁴⁷ expõe que um direito pós-moderno

se caracterizaria por uma vontade de *pragmatismo e de relativismo*, pela aceitação de *descentramento do sujeito*, por uma *pluralidade das racionalidades*, pelo *risco* que lhe é inerente, pelo *retorno da sociedade civil* e pela *apreensão das relações jurídicas na complexidade das lógicas* bruscamente estilhaçadas.

Portanto, nesta era de direitos, pode-se considerar que as relações se dão de forma complexas e plurais, sendo que, o positivismo, embora importante, não tem mais a eficiência necessária para amparar as novas necessidades que se apresentam. Assim, para a concretização dos direitos deverá ocorrer à afirmação dos valores essenciais à humanidade pelos Estados e demais sujeitos da sociedade global.

Bauman¹⁴⁸ ao refletir sobre a pós-modernidade admite que “riscos e contradições continuam a ser socialmente produzidos; são apenas o dever e a necessidade de enfrentá-los que estão sendo individualizados”. Identifica-se, neste sentido, a ideia de individualização da necessidade e do dever de enfrentar os riscos, de modo que, os indivíduos da *sociedade mundial do risco* adotem esse papel, não apenas desfrutando dos benefícios do desenvolvimento, mas também assumindo suas responsabilidades para afastar os potenciais riscos.

¹⁴⁶ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

¹⁴⁷ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 202.

¹⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 43.

Assim, os novos atores responsáveis pelo direito humano fundamental à segurança são representados pelas empresas, indivíduos, coletividade em geral e Estados, que deverão cooperar entre si para benefício da humanidade, ou seja, será um exercício recíproco fundado nos valores de ética ou responsabilidade¹⁴⁹ na pós-modernidade - marcada pelo desenvolvimento sem limites.

Paul Ricoeur desenvolve uma reflexão no mesmo sentido, procurando identificar como sendo fundamental para as sociedades, na era da globalização, desenvolverem a ideia de reconhecimento mútuo e socialização do risco. O reconhecimento mútuo pode ser entendido como sendo o ato de identificar na pluralidade uma dimensão social da cidadania, assumindo o desejo de um “viver bem”, coletivo, como prática social. Em outras palavras, eu posso viver bem reconhecendo o outro e assumindo uma ética do justo como aceitação da solidariedade do risco, pois a responsabilidade funda-se numa identidade coletiva de interdependência. Nesta perspectiva temos, no campo jurídico, o Direito propondo-se a realizar, através das normas, uma ética pautada na virtude do justo e do reconhecimento coletivo (o que Paul Ricoeur identifica como ética fundamental), que é efetivada nas instâncias judiciais através dos casos concretos (o que Paul Ricoeur identifica como ética aplicada). Desta forma observamos que:

[...] a pluralidade jurídica se apresenta como uma condição contemporânea, tanto nas questões internas de um país quanto no âmbito externo, transformado (ou devendo transformar) a ordem simbólica do Direito e seu discurso numa prática da mobilidade consciente. Esta pressupõe a compreensão do reconhecimento mútuo [...] como sendo uma opção adotada conscientemente pelo Direito e, em última instância, pela sociedade politicamente ativa que faz da cidadania um instrumento eficaz de controle e diálogo político. Acrescesse a isto a compreensão de responsabilidade ambiental na dimensão de um destino comum da humanidade¹⁵⁰.

CONCLUSÃO

A partir do fenômeno da globalização foi possível destacar a possibilidade de uma universalização integradora, mesmo que parcial, que dela decorre, embora se diferencie quanto aos vetores que a propiciam, qual sejam, o primeiro se dá pela dinâmica das características do local para o global e do global para o local ao passo

¹⁴⁹ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010

¹⁵⁰ ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes. “Uma revalorização do Direito a partir de Paul Ricoeur: o justo, a responsabilidade e a sustentabilidade”. In: SILVEIRA, Vladimir O. da; MEZZARROBA, Ordes; COUTO, Mônica B.; SANCHES, Samyra H. D. F. N. (coord.). *Justiça e [o Paradigma da] Eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos*. Volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 243.

que o segundo desconhece o local ou o localismo.

No âmbito do universalismo surgem os atores transnacionais que ultrapassam e não reconhecem fronteiras. Estas, uma vez ultrapassadas sem o devido reconhecimento, podem significar a exclusão cultural e de identidades que produzem o sentido necessário para que uma comunidade possa ser responsável por sua determinação espaço-temporal. Isso significa que a anulação de culturas locais leva ao aniquilamento da diversidade humana enquanto possibilidades de produção de sentido. Desta forma, é possível verificar, de maneira mais específica, que a realidade social e jurídica se modificou com o surgimento dos novos atores e de situações peculiares. É fato que a ciência jurídica busca a sua constante readequação na tentativa de acompanhar, tutelar e regular esta nova realidade, embora muitas vezes ela escape, como um líquido, por suas mãos.

Em termos de sociedade mundial, podemos entender que a globalização aproxima parte das diferentes sociedades estatais, de modo que, distâncias geográficas ou fronteiras não são obstáculos para uma integração (nesta perspectiva) dos povos dando origem a identidades que significam como sendo uma sociedade mundial ou global.

Nesta extensão da sociedade global, da globalização e do universalismo estão os riscos da pós-modernidade, que acompanham o acelerado desenvolvimento dos mercados, da ciência e tecnologia.

Os riscos do desenvolvimento tecnológico, em geral, são de nocividade e alcance desconhecidos e, desse modo, não se pode limitá-los a um espaço territorial. Assim, tais riscos passam a ser considerados como uma ameaça global à sociedade mundial. Conforme explica Nicolau Sevcenko podemos entender que:

[...] não se trata de condenar pura e simplesmente cientistas e técnicos por falta de responsabilidade, mas de entender como funciona as políticas que controlam as decisões sobre as pesquisas e os processos produtivos. Nesse sentido e ao mesmo tempo, é necessário pressionar pela definição de práticas científicas que estejam atentas às incertezas presentes nos sistemas complexos e, portanto, que considerem seriamente os limites dentro dos quais se dá a produção dos conhecimentos. Essas seriam as condições necessárias para o estabelecimento de um tipo de ciência dotado de alto senso de responsabilidade e alerta para a vulnerabilidade e as peculiaridades do meio ambiente e dos seres humanos.¹⁵¹

Destarte, temos o contexto de uma sociedade mundial envolvida pelos riscos potenciais decorrentes do ciclo da globalização e do desenvolvimento. Mecanismos de regulação devem ser postos em pauta nas agendas das organizações globais identificando a especificidade do que seria esta tecnologia com “alto senso de responsabilidade e alerta para a vulnerabilidade” tendo em vista os riscos que seus

¹⁵¹ SEVCENKO, Nicolau. *A Corrida para o Século XXI – No loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 100.

efeitos podem causar no meio ambiente e na humanidade de uma maneira geral. Esta regulação entre técnica e crítica, esta mediação com alto senso de responsabilidade é tarefa de uma jurisdição internacional que identifique no local a possibilidade de reconhecimento mútuo no presente e, também de um futuro a ser constituído em comum.

Com base em tais reflexões sobre os desafios globais deste século, pode-se considerar, sob o ponto de vista jurídico, que a garantia de prevalência dos direitos humanos fundamentais, estabelecidos a partir do reconhecimento na pluralidade de identidades, diante dos riscos da pós-modernidade é uma necessidade que se impõe, sendo forçoso buscar soluções jurídicas para atender os novos reclamos da *sociedade mundial de risco*.

Deste modo, a tutela dos direitos humanos fundamentais, deve se dar a partir da afirmação de novos valores oriundos de um reconhecimento mútuo de identidades e de responsabilidades, que concretizem a dignidade da pessoa humana nessa atual dimensão/geração de direitos. Entretanto, cumpre aos Estados e aos demais atores sociais, tais como empresas, coletividade e indivíduos, operarem reciprocamente espaços de convergência de diálogos entre si para promover a segurança da humanidade diante dos riscos presentes e futuros.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Álvaro G. A. “Uma revalorização do Direito a partir de Paul Ricoeur: o justo, a responsabilidade e a sustentabilidade”. In: SILVEIRA, Vladimir O. da; MEZZAROBBA, Orides; COUTO, Mônica B.; SANCHES, Samyra H. D. F. N. (coord.). *Justiça e [o Paradigma da] Eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos*. Volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

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

FRIEDMANN, Wolfgang. *Mudança da estrutura do Direito Internacional*. Tradução de A. S. Araújo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2010.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. Tradução de Victor Silva. Coimbra: Edições 70, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

SEVCENKO, Nicolau. *A Corrida para o Século XXI – No loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001., p. 21.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva 2010.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O CASO DA ADPF 182-0/800 - DF

The jurisdictional control laws of conventionality and the UN convention on the rights of persons with disabilities: the case of the ADPF 182-0/800 - DF

ALEXSANDRO RAHBANI ARAGÃO FEIJÓ

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor da Pós-graduação da Universidade de Fortaleza. Professor de Direito Internacional Público e Direito Econômico da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Associado da Academia Brasileira de Direito Internacional – ABDI. Procurador do Município de São Luís. E-mail: alexrahbani@gmail.com.

TAYSSA SIMONE DE PAIVA MOHANA PINHEIRO

Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Bacharela em Administração pela Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: tayssamohana@gmail.com.

RECEBIDO EM: 07.07.2013

APROVADO EM: 29.08.2013

RESUMO

O objetivo deste trabalho é verificar os efeitos do controle de convencionalidade na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa constitui-se em estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, pura quanto à utilização dos resultados, e de natureza qualitativa, além do estudo de caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182 – 0/800 - DF, ajuizada pela Procuradoria Geral da República no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, que busca o redimensionamento do conceito da pessoa com deficiência, de acordo com a referida convenção internacional. A partir de pesquisas doutrinárias e bibliográficas, conclui-se que a teoria do controle de convencionalidade das leis surtiu efeito, no âmbito doméstico, por meio da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, que alterou, dentre outros dispositivos, o artigo 20 da Lei nº 8.742/93, de modo que agora, mesmo que a ADPF 182 ainda não tenha sido julgada, o § 2º do artigo 20 da Lei

Orgânica da Assistência Social (LOAS) passa a vigorar com o conceito de pessoa com deficiência tal qual estabelecido no artigo 1º da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS. CONVENÇÃO DA ONU. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. EFEITOS.

ABSTRACT

The objective of this work is to verify the control of conventionality in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The methodology used in the preparation of the research is to study descriptive and analytical, developed through research like literature, pure as the use of the results, and qualitative in nature, beyond the case study of the Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182-0/800 - DF, filed by the Attorney General's Office in the Supreme Court (STF) in 2009, which seeks resizing the concept of the person with disabilities, according to the said international convention. From research and doctrinal literature, it is concluded that the theory of control of conventionality laws took effect, domestically, through Law nº 12470 of August 31, 2011, which amended, among other provisions, Article 20 of Law nº 8.742/93, so that now, even if the ADPF 182 has not yet been tried, § 2 of Article 20 of the Organic Law of Social Assistance (LOAS) becomes effective with the concept of such a disabled person which set out in Article 1 of the Convention on the Right of Persons with Disabilities.

KEYWORDS: JURISDICTIONAL CONTROL LAWS OF CONVENTIONALITY. UN CONVENTION. PERSON WITH DISABILITIES. EFFECTS.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teoria geral do controle de convencionalidade. 2. Os efeitos do controle de convencionalidade na convenção da ONU sobre os direitos da pessoa com deficiência: o caso da ADPF 182-0/800 – DF. Conclusão. referências.

INTRODUÇÃO

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro consistiu na ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Tal fato desencadeou o processo de democratização, o qual foi de-

corrente do movimento de internacionalização dos direitos humanos¹⁵², vez que não só o Estado passou a participar da sociedade internacional, mas também indivíduos e organizações internacionais intergovernamentais. Com o processo de democratização do Brasil, a partir de 1985, o País passou a ter uma posição diferente com relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, diga-se, passou a ratificar relevantes tratados internacionais sobre esses direitos.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, instituiu Reforma no Poder Judiciário, a qual possibilitou mudanças importantes, tais quais as disposições referentes à integração Direito Internacional Público ao direito interno e, com relação ao assunto do presente trabalho, especificamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sendo assim, o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 possibilita que os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos sejam equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

A possibilidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos serem aprovados com um quorum qualificado e, conseqüentemente, serem equivalentes às emendas constitucionais traz a tona um novo tipo de controle das leis. Nesta feita, não se fala apenas do controle de constitucionalidade, mas também do controle de convencionalidade, o qual diz respeito à compatibilização vertical da produção normativa doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro e em vigor no País.

Dentre tais tratados, destaca-se o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, qual seja, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Tal convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações. Ela e o seu Protocolo Facultativo foram assinados pelo Brasil em 30 de março de 2007. A promulgação desse documento pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ganhou destaque por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à constituição,

¹⁵² Ao tratar da internacionalização dos direitos humanos não se pode olvidar da sua dimensão cosmopolita, o que justifica a existência de sistemas internacionais para sua proteção. Sobre o tema obtempera Alberto Silva Santos (2012, p. 36): “Definidos que foram os Direitos Humanos, na qualidade de direitos que se situam na ordem internacional a serem incorporados pela ordem interna dos Estados, observadas a sua universalidade, indivisibilidade, complementaridade e interdependência, resta configurado que os Direitos Humanos possuem uma dimensão cosmopolita, a qual se presta a assegurar a dignidade da pessoa humana em qualquer ponto do planeta, devendo ser observadas as noções de cidadania e hospitalidade universal, garantidas por uma liga internacional de nações conforme já se referia Kant em *À Paz Perpétua*, cujo entendimento pode ser adaptado para plena aplicação no tempo presente [...]”.

por força do artigo 5º, § 3º do texto constitucional de 1988.

Nesse sentido, este trabalho objetiva verificar quais os efeitos do controle de convencionalidade na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio do estudo de caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182 – 0/800, ajuizada pela Procuradoria Geral da República no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, que busca o redimensionamento do conceito da pessoa com deficiência, de acordo com a referida convenção internacional.

1. TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Ao se encontrar diante do processo de elaboração de uma nova Constituição, o Brasil passou a valorizar a pessoa humana. Dessa forma, deixou para trás o cerceamento, o aviltamento e a limitação de liberdades, consagrando em seu texto constitucional rol bastante significativo de direitos fundamentais. Com a promulgação do texto constitucional de 1988, definitivamente o Brasil assumiu um compromisso sério frente à sociedade internacional com o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos. (GUERRA, 2012, *on line*).

Logo após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a definir o seu entendimento em relação à posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. O registro da primeira decisão proferida pelo Plenário (órgão julgador composto pelos onze Ministros do Tribunal) é de 1995 com o *Habeas Corpus* 72.131, que estabeleceu um precedente jurisprudencial ao adotar, por maioria dos votos, a corrente que defende a hierarquia legal desses instrumentos internacionais. (QUIXADÁ, 2009, *on line*).

Convém evidenciar o entendimento de Sidney Guerra (2008) no sentido de que hodiernamente há interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, o que influencia de maneira significativa a ordem jurídica brasileira. No entanto, destaca que o processo de internacionalização dos direitos humanos é decorrente, principalmente, das barbáries praticadas por ocasião da segunda guerra mundial. (GUERRA, 2008). Isto ocorreu quando a sociedade internacional se viu sem reação diante da humilhação da dignidade de milhares de pessoas, sem nenhuma ação no plano internacional coordenada sobre tal fato.

Em 2009, Valerio de Oliveira Mazzuoli defendeu sua tese de doutorado apresentando uma nova temática no sistema de controle no direito brasileiro: o controle de convencionalidade das leis, que, conforme salientado alhures, representa a compatibilização vertical da produção normativa doméstica com os tratados¹⁵³ de

¹⁵³ Convém lembrar que o termo tratado diz respeito a uma “expressão-gênero”, que abrange dentro de si diferentes nomenclaturas, as quais podem ser identificadas conforme o assunto, finalidade, qualidade das partes, número de contratantes entre outros. Para efeito dos termos elencados neste estudo, explicita-se o conceito de tratado, qual seja a expressão genérica eleita pela Convenção de Viena de 1969 que designa todo acordo internacional unilateral, bilateral ou multilateral, de especial cunho político; são ajustes solenes concluídos entre Es-

direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no Brasil.

Entretanto, antes de adentrar na teoria do controle de convencionalidade é salutar ressaltar a opção constitucional por um sistema monista ou dualista¹⁵⁴. O sistema brasileiro é considerado pela maioria da doutrina, conforme Flávia Piovesan (2000), como dualista, ou seja, segundo tal posição, além da celebração do tratado ou convenção, de competência do Presidente da República, e de sua aprovação pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, é necessária a edição de outro ato normativo, qual seja um decreto de execução expedido pelo Presidente da República, para que tal tratado ou convenção produza efeitos.

Convém registrar ainda que o controle de convencionalidade tem como referência e base o controle de constitucionalidade¹⁵⁵, o qual faz alusão à compa-

tados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes tem maior importância. (MAZZUOLI, 2012). O tratado, portanto, é “um acordo internacional concluído 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 sua denominação específica.” (MAZZUOLI, 2011, p. 40). Já a Convenção denota o tratado solene e multilateral em que a vontade das partes é paralela e uniforme, são muitas vezes oriundos de conferências internacionais que versem sobre assuntos de interesse geral. Ocorre que tais expressões ainda se confundem e são adotadas muitas vezes, tal qual na Constituição Federal de 1988, com o mesmo significado. (MAZZUOLI, 2012). Ainda sobre o termo tratado, José Augusto Fontoura (2011) assevera que o termo tratado estabelecido no artigo 2º, 1, a da Convenção de Viena é inicialmente identificado como um acordo, em sentido bastante abrangente que identifica qualquer convergência de entendimentos ou vontades. Ademais, “a denominação dos acordos não tem maiores implicações, podendo o tratado receber qualquer título, como, por exemplo, tratado, convenção, pacto ou protocolo, sem que isso tenha o condão de afastar, ou determinar a cobertura pela Convenção de Viena”. (FONTOURA, 2011, p. 9).

¹⁵⁴ De acordo com a teoria monista, o Direito internacional e o interno fazem parte de uma mesma e única ordem jurídica, logo, o ato de ratificação do tratado ou convenção, por si só, faz com que sejam irradiados efeitos jurídicos no plano internacional e interno, concomitantemente. Por outro lado, a corrente dualista propugna que o direito internacional e o interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas, dessa forma, a ratificação só irradia efeitos no plano jurídico internacional, de modo para que irradie efeitos no plano jurídico interno necessite da edição de um ato jurídico interno. (PIOVESAN, 2000).

¹⁵⁵ O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos. Sendo assim, Gilmar Mendes (2004) aduz que no Brasil se adota o sistema misto ou híbrido de controle judicial de constitucionalidade, ou seja, de um lado se encontra o modelo difuso ou norte-americano e, do outro, o controle concentrado de influência europeia. Caracterizado pela originalidade e diversidade dos instrumentos processuais, tal controle é destinado à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental

tibilização vertical da produção doméstica com a Constituição Federal e pode ser combatida pela via difusa – que pode ser realizada por qualquer cidadão em qualquer juízo ou tribunal – ou pela via concentrada – por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, proposta por pessoas legitimadas pelo artigo 103 da Carta da República de 1988¹⁵⁶. (RUSSOWSKY, 2012, *on line*).

Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009), a compatibilidade da lei com a Constituição não é por si só condição de garantia de validade no direito interno. Deve ser a lei compatível não só com o texto constitucional, mas também com ela e com os tratados internacionais ratificados pelo governo, havendo, portanto, um “duplo controle de verticalidade”. (GUERRA, 2012, p. 359, *on line*).

Caso a norma esteja conforme a Constituição, mas não com o eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, vez que não passou imune a um dos limites verticais materiais existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. (MAZZUOLI, 2009). Dessa forma, pode-se perceber que ao se encontrar incompatível com os tratados internacionais em vigor no plano interno, a produção doméstica se torna inválida no direito interno, repita-se, mesmo que compatível com a Constituição¹⁵⁷.

A validade da norma de lei ordinária ocorre se sua produção e conteúdo material estão conformes à Constituição e à legitimidade conferida aos princípios constitucionais, políticos ou ético-filosóficos. (BONIFÁCIO, 2008). No entanto, Va-

(ADPF). (MENDES, 2004).

¹⁵⁶ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – o partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

¹⁵⁷ Em sua obra *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen (1998) aduz que validade e eficácia da norma são aspectos distintos. Enquanto esta se refere ao efetivo cumprimento da norma, aquela se refere ao fato de dever ser aplicada ou não. “Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir de modo prescrito pela norma”. (KELSEN, 1998, p. 215). Embora possuam um significado bem parecido, a diferenciação entre eles deve ser bem clara, de modo que não haja confusão. Uma lei passa ser válida apenas quando entra em vigor, geralmente, quando uma norma é criada, ela tem sua vigência quarenta e cinco dias após a sua publicação, mas, caso tenha restrições o seu legislador poderá publicar a data em que ela passará ser vigente, o que pode ser verificado no texto da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Segundo Kelsen (1998), uma norma perde sua validade tanto pela falta de aplicabilidade quanto pelo descumprimento, quando não mais é utilizada no campo jurídico, neste caso, ela pode se ser derogada. Não se pode olvidar que a validade de uma norma sempre está fundada na validade de outra hierarquicamente superior.

lerio de Oliveira Mazzuoli (2009) afirma que a validade não se restringe apenas à Constituição, mas também aos tratados internacionais em vigor no país, bem como aos princípios internacionais e não somente constitucionais.

Deste modo, se tem que se uma lei é vigente é porque ela existe e, depois de conferida sua validade, analisa-se sua eficácia. Ocorre que vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, vez que a lei que já existe e que já é válida, por estar de acordo com a Constituição e com os tratados internacionais, não é necessariamente eficaz. (KELSEN, 1998).

Desmistificando a problemática, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009) assevera que a vigência não depende da validade, no entanto esta depende daquela, bem como a eficácia depende da validade; de modo que se percebe uma escala de valores, em que primeiramente está a vigência, depois a validade e finalmente a eficácia.

Acrescenta Luis Flávio Gomes (2008) que, no bojo da atividade interpretativa, a lei pode ser o “ponto de chegada”, no entanto, sempre que entra em conflito com a Constituição ou com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, perde sua primazia, já que, neste caso, a incidência prioritária é das normas e princípios constitucionais e internacionais.

O controle de convencionalidade é visto por Sidney Guerra (2012, *on line*) como uma garantia de eficácia das legislações internacionais, que permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional, de modo que pode ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁵⁸ ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte da Convenção em liça.

Corroborando com tal entendimento Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009) ao propugnar que o controle de convencionalidade não deve ser realizado apenas pelos tribunais internos, mas também pelos tribunais internacionais criados por convenções entre Estados, onde estes se comprometem no pleno e livre exercício da sua soberania, cumprir o que foi acordado e dar sequência no plano interno, ao cumprimento das obrigações que estão estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional¹⁵⁹.

¹⁵⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial independente e autônoma instalada em 1979, situa-se na cidade de São José, na Costa Rica, sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IX Conferência Interamericana realizada em Bogotá no ano de 1948 e é composta de sete juizes, nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnem as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais ou do Estado que os propuser como candidatos. (GUERRA, 2011). As funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁵⁹ A responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação de direitos humanos já consta na agenda nacional, principalmente após o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, em linhas gerais, André de

Na seara da responsabilidade internacional e controle de convencionalidade, André de Carvalho Ramos (2005, *on line*) aponta que o Estado se torna responsável pelos atos do legislador ainda que não tome qualquer medida concreta de aplicação da norma incompatível com o tratado, ou seja, é suficiente a possibilidade de aplicação da lei. Acrescenta que “no caso de ausência desta [da lei], a responsabilidade do Estado também é concretizada, tendo em vista o seu dever de assegurar os direitos humanos”. (RAMOS, 2005, p. 56, *on line*). Destarte, procura-se alavancar a proteção ao indivíduo, vez que se está diante do descumprimento da obrigação internacional de prevenção, de modo que não se deve ficar esperando a concretização do dano ao particular.

O controle de convencionalidade segue o mesmo caminho dado ao ato legislativo comum quando em confronto com a Constituição Federal, com a peculiaridade de que “as instâncias internacionais apreendem as leis internas, inclusive as normas constitucionais, como meros fatos, analisando se houve ou não violação das obrigações internacionais assumidas pelo Estado”. (RAMOS, 2005, p. 56, *on line*).

Neste desiderato, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2012) propugna que é dever do Poder Judiciário interno controlar a convencionalidade de suas leis perante os tratados internacionais humanísticos vigentes no país.

Não se pode perder de vista que o controle exercido pelos juízes e tribunais nacionais deve se moldar aos padrões estabelecidos pela Corte Interamericana, “intérprete última” das Convenções, o que vai repercutir no controle difuso de convencionalidade, já que se a Corte não restringe o referido controle a um “pedido expresso das partes” em determinado caso concreto e, caso os juízes e tribunais nacionais devam considerar a interpretação que fazem do tratado, significa, portanto, que o Poder Judiciário interno não deve se prender à exclusiva solicitação das partes, no entanto, deve se ater a controlar a convencionalidade das leis *ex officio*, toda vez que se apresentar perante caso concreto, cuja solução seja encontrada em tratado internacional humanístico, no qual o Estado faça parte. (MAZZUOLI, 2011).

A responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos hu-

Carvalho Ramos (2004) aduz que a responsabilidade internacional do Estado consiste, em obrigação internacional de reparação diante violação prévia de norma internacional, de forma que representa característica essencial de sistema jurídico, que possua regras internacionais de conduta e possui fundamento no princípio da igualdade soberana entre os Estados. A reivindicação do cumprimento dos acordos e tratados por parte de todos os Estados que são beneficiados por tais acordos, faz com que tais Estados não recusem o seu cumprimento, já que são todos iguais, ou seja, não é permitido que um Estado reivindique para si uma condição jurídica que não reconhece a outro. (RAMOS, 2004). A responsabilidade internacional possui três elementos apontados por André de Carvalho Ramos (2004), quais sejam, a existência de um fato internacionalmente ilícito (descumprimento dos deveres básicos de garantia e respeito aos direitos fundamentais inseridos nas dezenas de convenções internacionais ratificadas pelos Estados), o resultado lesivo (prejuízos materiais e morais causados à vítima e familiares) e o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo (vínculo entre a conduta do agente e o Estado responsável).

manos também é suscitada, caso exista negativa por parte do Poder Judiciário em exercer o controle difuso de convencionalidade com a alegação de que não houve solicitação pelas partes ou de que não foi possível exercê-lo *ex officio*, já que tal obrigação existe inclusive nos países em que os juízes singulares não têm competência para realizar fiscalização, ou seja, aqueles que a reservam apenas à Corte Suprema ou a Sala Constitucional da Corte Suprema. (MAZZUOLI, 2011).

Ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e advogado colombiano, Ernesto Rey Cantor (2008, *on line*) obtempera que supracitado órgão é legítimo para assegurar e fazer efetiva a supremacia da Convenção, na medida em que a Corte tem competência *ratione materiae* para utilizar o controle de convencionalidade, com o fito de averiguar cumprimento dos compromissos estabelecidos pelos Estados.

Assim, levando-se em conta o que foi aludido, Ernesto Rey Cantor (2008, *on line*) diferencia a abrangência do controle de convencionalidade: em sede internacional e em sede nacional. Neste o juiz aplica a Convenção em vez de utilizar o direito interno, mediante exame de confrontação normativo em caso concreto e elabora sentença judicial, que protege os direitos da pessoa humana, o qual representa controle difuso. Naquele a Corte se vale de mecanismo processual para verificar se o direito interno viola algum preceito estabelecido nos tratados internacionais mediante confrontação normativa em caso concreto, dessa forma se emite sentença judicial que ordena a modificação, revogação ou reforma das normas internas, o que resulta na prevalência da eficácia do tratado internacional e em controle concentrado de convencionalidade.

Diversamente do exposto, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011) lidimamente afirma que no direito brasileiro o Poder Judiciário interno controla a convencionalidade tanto na modalidade difusa, quanto na concentrada. A operacionalização do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal tem sua base jurídica garantida quando a Constituição Federal permite que os tratados internacionais de direitos humanos sejam equivalentes às emendas, como visto alhures. Sendo assim, deve a Constituição garantir-lhes os mesmos instrumentos previstos às normas constitucionais ou emendas, é o que o supracitado autor expõe:

Neste sentido, o que defendemos é ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma constitucional por *inconvenionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundamentadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º da Constituição e em vigor no país. Assim, os legitimados para o controle

concentrado (constantes do art. 103 da Constituição) passam a ter a seu favor um arsenal muito maior do que anteriormente tinham para invalidar lei interna incompatível com os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado. (MAZZUOLI, 2011, p. 410).

Destarte, percebe-se que as ações as quais combatem a inconstitucionalidade teriam tal termo substituído por convencionalidade/inconvencionalidade. A declaração de inconvencionalidade também pode ser decretada no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão sempre que não tiver interna necessária para lograr efetividade a uma norma convencional. (MAZZUOLI, 2012).

No tocante ao controle difuso de convencionalidade no direito brasileiro, este se destina aos tratados internacionais de direitos humanos que não foram qualificados com status de emenda, sendo assim, nota-se que ele existe desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após 05 de outubro do supracitado ano em atenção ao artigo 105, III, “a” da Carta Magna de 1988 ao aduzir que compete ao Superior Tribunal de Justiça “julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. (MAZZUOLI, 2011).

Vale ressaltar que este tipo de procedimento também é utilizado para o controle de suprallegalidade das leis internas realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, diverge, apenas, pois é utilizado para os tratados comuns, ou seja, que não tratem de assuntos relacionados aos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2012).

Convém evidenciar que a primeira ação de controle concentrado proposta no Brasil com o intuito de fiscalizar a convencionalidade de um tratado de direitos humanos equivalente a emenda constitucional, qual seja a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se deu por meio de uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Sendo assim, os principais aspectos desta convenção, bem como os efeitos do controle de convencionalidade por meio da ADPF nº 182 – 0/800 – DF serão aprofundados a seguir.

2. OS EFEITOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CASO DA ADPF 182-0/800 – DF

A Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência é o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, específico para essas pessoas. (LOPES, 2007). Antes, porém, em 2001, a Organização das Nações Unidas criou

comitê *ad hoc*, cujo lema era *Nothing about us without us*, para avaliar propostas, discutir e elaborar o seu texto. (LOPES, 2007). Após cinco anos de trabalho, a convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações. O Brasil assinou a Convenção e o seu Protocolo Facultativo em 30 de março de 2007. A promulgação desse documento pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ganhou destaque por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, § 3º do texto constitucional de 1988.

Esta convenção é tomada como base, pelos países signatários, para a construção das políticas sociais, no que diz respeito tanto à identificação do sujeito albergado pela proteção social, quanto dos direitos a serem garantidos ou assegurados. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009).

O propósito previsto no preâmbulo desse documento internacional é a promoção, proteção e garantia do desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e a promoção do respeito pela sua inerente dignidade. Nessa visão, a concepção de deficiência não pode ser puramente médica, o que a associa exclusivamente à doença (MARTINS, 2008), mas deve-se reconhecer que ela é conceito em evolução e que a mesma resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ou seja, denuncia a relação de desigualdade imposta por esses ambientes ao corpo com impedimentos. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009).

Nesse sentido, a compreensão da deficiência e da diversidade das pessoas com deficiência está atrelada à área de desenvolvimento social e de direitos humanos, por meio de dimensão mais personalizada e social. Esta concepção traduz a noção de que a pessoa é o principal foco a ser observado e valorizado, antes de sua deficiência, bem como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas. (MARTINS, 2008). Imbuído desse sentimento, a Convenção tratou em seu Artigo 1º¹⁶⁰ do seu propósito e nele definiu o conceito de pessoa com deficiência.

Analisando a questão, Luis Fara (2010) a destaca como instrumento vinculante de proteção específica, que assume o modelo social de deficiência, ao entender que esta resulta da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras originadas nas atitudes e em torno das quais se encontram imersas. Desta forma, a interação

¹⁶⁰ “Artigo 1º - Propósito: O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. (ONU, 2011, *on line*).

sobredita ganha destaque para definição da deficiência, pois nem todo corpo com impedimentos vivencia necessariamente a discriminação, a desigualdade ou a opressão pela deficiência, vez que, agora, há relação de dependência entre esse corpo e o grau de acessibilidade que a sociedade oferece. (DINIZ, 2007).

O modelo social de deficiência surgiu nos Estados Unidos e na Inglaterra no final da década de 1970, a partir de movimento ativista de pessoas com deficiência e organizações que lutavam pela mudança na noção de deficiência, pela adoção de políticas antidiscriminatórias e contra a construção social das pessoas com deficiência como cidadãos de segunda classe. Esse modelo se baseia, sobretudo, em dois pressupostos: o primeiro diz que as causas da deficiência, longe de serem religiosas, científicas ou médicas, são fundamentalmente sociais; segundo, essas pessoas têm muito a colaborar com a sociedade, tanto quanto os demais integrantes. (ACUÑA *et al.*, 2010).

Desta feita, apesar de parcialmente manter o marco conceitual do modelo biomédico, a convenção adota, com clareza e contundência, combinação dos modelos que traz enfoque dinâmico, permitindo adaptações ao longo do tempo e diversos cenários socioeconômicos, além de enfatizar que o que provoca a situação de deficiência é a interação com diversas barreiras. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009; FARA, 2010). Isso se deve à adoção do modelo social que gera referência para o entendimento e a ação, pois concebe a exclusão social da pessoa com deficiência como processo estrutural que articula e soma diversas exclusões, cada uma com suas especificidades e lógicas discretas que complicam a agregação e representação de interesses, a constituição dessas pessoas em atores estratégicos e, conseqüentemente, que aumentam o desafio de realizar os direitos desse grupo vulnerável. (ACUÑA *et al.*, 2010).

Esse conceito, que possui natureza de norma constitucional no Brasil, supera as legislações pátrias até então existentes, que normalmente enfocavam o aspecto clínico ou biomédico da deficiência, propiciando nova baliza de interpretação, na qual as soluções não apontam ao indivíduo, mas à sociedade; a mudança deve ser da sociedade e não das pessoas. (FARA, 2010). Por isso, as limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais passam a ser consideradas atributos das pessoas, o que pode ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais, físicas ou culturais que se imponham a esses cidadãos.

Nesse contexto, a deficiência é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos, físicos e sociais, deslocando a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para a sociedade que passa a assumir a deficiência e seus desdobramentos como assunto de todos, deslocando-se dos espaços domésticos para vida pública, da esfera privada ou de cuidados familiares para questão de justiça. (NUSSBAUM, 2007).

Superado este ponto, passa-se à análise da Arguição de Descumprimento

de Preceito Fundamental¹⁶¹ (ADPF) nº 182¹⁶² que foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria Geral da República (PGR) em 10 de julho de 2009, com o fito de reconhecer que o § 2º do artigo 20 da Lei nº 8742/93¹⁶³, Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), não foi recepcionado pela Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência; que o artigo 1º¹⁶⁴ da supracitada Convenção é de uso imperativo no direito interno brasileiro, motivo pelo qual deve ser aplicado quando da concessão do benefício de assistência continuada disciplinado pela LOAS¹⁶⁵. (STF, 2013, *on line*).

Ocorre que o conceito de pessoa com deficiência estabelecido na Lei nº 8742/93 é extremamente restritivo, como foi apontado pela PGR na ADPF 182, vez que não tem direito ao benefício pessoa que apresente lesão mental, física, intelectual ou sensorial, que comprometa gravemente sua participação em igualdade de condições na sociedade e que viva em condições absolutas de miserabilidade, se for considerada capaz para a vida independente e para o trabalho. Sendo assim, tal benefício será negado a um grande número de pessoas que têm deficiência e que vivam em condições de penúria, comprometendo as condições materiais básicas para a sua subsistência, levando a um quadro de exclusão social. (STF, 2013, *on line*).

¹⁶¹ A ADPF é um instrumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para exercer o controle de constitucionalidade, originou-se com a promulgação do texto constitucional de 1988. Roberto Mendes Mandelli Junior (2003) detalha cada um destes conceitos: sendo assim, *arguição* significa exame, ato de levantar uma questão, pergunta a ser realizada à pessoa indicada sobre matéria pertinente à função que será exercida pela mesma; descumprimento significa deixar de cumprir; preceito é um termo genérico usado para designar regra ou dispositivo, bem como princípio expresso ou implícito; preceito fundamental é aquele que caracteriza a essência da Constituição. Em suma, “a arguição, [...], pode ser utilizada para verificar se determinado ato do Poder Público descumpriu preceito constitucional, mas não qualquer preceito, e sim aquele fundamental, ou seja, preceito que consubstancia opção política essencial do constituinte brasileiro”. (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 116).

¹⁶² O *site* do Supremo Tribunal Federal permite o acompanhamento da ADPF, bem como verificar todas as petições que foram protocolizadas.

¹⁶³ Em sua redação original o dispositivo em liça apresentava a seguinte redação: Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. § 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. (BRASIL, 1993, *on line*).

¹⁶⁴ O artigo 1º foi colacionado anteriormente.

¹⁶⁵ A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 203, V alberga o benefício da prestação continuada às pessoas com deficiência e aos idosos: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” (BRASIL, 2010).

Não se pode olvidar que até a incorporação da Convenção em baila não havia no direito interno brasileiro um conceito de pessoa com deficiência expressamente consagrado. Resta insofismável que, com a ratificação da Convenção pelo Presidente em 01 de agosto de 2008 - ainda mais uma Convenção com status de emenda constitucional incorporada conforme o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988 - se passa a ter conceito, e ele é frontalmente incompatível com o estabelecido na LOAS. (STF, 2013, *on line*).

Ao comparar os dois conceitos, percebe-se que o estabelecido na Convenção permite que a pessoa, mesmo tendo deficiência, possa ter uma vida independente, além de também poder trabalhar; de modo que se for economicamente miserável, terá direito ao benefício de prestação continuada.

Ao ser aprovada conforme o disposto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência integra o rol dos direitos fundamentais¹⁶⁶, motivo pelo qual, em obediência ao § 1º do mesmo dispositivo, terá aplicabilidade imediata. (BRASIL, 2010). Ademais, trata-se de tema que contempla princípio fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja, dignidade da pessoa humana.

Convém elucidar que, mesmo presente no artigo 203, V, da Constituição Federal requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada aos portadores de deficiência, tal requisito se aliado ao conceito de pessoa com deficiência presente na LOAS restringe o direito ao benefício para aquelas pessoas que são portadoras de deficiência, que se encontrem em condições de absoluta miséria, mas que conseguem realizar atos da vida diária.

Vive-se o momento da inclusão da pessoa com deficiência, por meio do qual a sociedade passa a se adaptar para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. (SASSAKI, 2010).

Romeu Kazumi Sasaki (2010) expõe os princípios sobre os quais repousa a prática da inclusão social. São eles: a aceitação das diferenças individuais, a valorização de cada pessoa, a convivência dentro da diversidade humana e a aprendizagem mediante a cooperação. Desta aplicação, surge a certeza de que ela contribui para a construção de novo tipo de sociedade por meio de transformações nos ambientes físicos (espaços internos e externos, equipamentos, aparelhos e utensílios, mobiliários e meios de transporte), nos procedimentos técnicos e na mentalidade de todas as pessoas, inclusive da própria pessoa com deficiência.

Clarividente, portanto, que manter o conceito de pessoa com deficiência

¹⁶⁶ Robert Alexy (2008, p. 123) deixa claro que “do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente. Os defensores do modelo puro de regras são aqueles que consideram que as normas de direitos fundamentais, por mais que possam ser carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e, são, nesse sentido, normas *livres de sopesamento*”. (grifo do Autor).

presente na Lei nº 8.742/93 é o mesmo que demonstrar pensamento discriminatório, por acreditar que essas pessoas são incapazes para a vida independente e para o trabalho.

Importante mencionar que o acesso inclusivo aos benefícios disponibilizados pela sociedade é considerado, cada vez mais, como fator do grau de desenvolvimento do Estado. Só em uma sociedade inclusiva, que respeita o indivíduo, dando-lhe o direito de ser diferente, é que se pode ter condições de exercer a cidadania.

Sendo assim, restam contraditórias as atitudes do Poder Público se, de um lado este defende a inclusão social das pessoas com deficiência e, do outro, elabora leis que limitem o seu acesso aos direitos fundamentais a uma vida digna, no caso em análise ao benefício de prestação continuada, ao adotar conceito restritivo de pessoa com deficiência presente na LOAS. É lícito afirmar que a ADPF 182 amolda-se perfeitamente à Teoria Geral do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis desenvolvida por Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Em que pesem argumentos presentes nas manifestações da Advocacia Geral da União, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Procuradoria do INSS em prol da improcedência da ADPF (STF, 2013, *on line*), a teoria do controle de convencionalidade das leis surtiu efeito, no âmbito doméstico, por meio da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011, *on line*) que alterou¹⁶⁷, dentre outros dispositivos, o artigo 20 da Lei nº 8.742/93, de modo que agora, mesmo que a ADPF 182 ainda não tenha sido julgada, o § 2º do artigo 20 da LOAS passa a vigorar com o conceito de pessoa com deficiência tal qual estabelecido no artigo 1º da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro vem integrando um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, qual seja o Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. Sendo assim, a produção normativa interna passa a ter um duplo controle vertical. O primeiro tipo de controle diz respeito à compatibilidade com as normas da Constituição e os tratados de direitos humanos, enquanto o segundo envolve os tratados internacionais comuns em vigor no país.

No que diz respeito ao controle dos tratados de direitos humanos, se dividem em controle difuso e controle concentrado. Este alberga os aprovados com o

¹⁶⁷ A nova redação do artigo 20, § 2º da Lei nº 8.742/93 é: Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2011, *on line*).

status de emenda constitucional ao obedecer à sistemática do art. 5º, § 3º da Carta da República de 1988; enquanto aquele contempla os que não tenham sido aprovados com esta maioria qualificada, de modo que possui *status* de norma materialmente constitucional.

O Brasil vem concedendo aos direitos humanos a qualidade de elemento de política externa. Isso proporciona a continuidade nas medidas a serem adotadas com vistas à progressiva implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Com relação às pessoas com deficiência, o Estado brasileiro é signatário de diversas convenções, dentre as quais a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi homologada pela Assembleia da ONU, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

Esta convenção ganha alcance global e gera efeitos positivos, tanto no Direito Internacional, quanto no Direito interno dos Estados signatários. No cenário internacional, demonstra a necessidade de um esforço mundial para que os Estados assegurem os direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

No caso brasileiro, se destaca no direito constitucional por ter sido o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, específico para as pessoas com deficiência. O Brasil a assinou, bem como o seu Protocolo Facultativo em 30 de março de 2007. A promulgação desse documento pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ganhou importância por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, § 3º do texto constitucional de 1988.

Desta forma, uma vez aprovada, a convenção é tomada como base, pelos países signatários, para a construção das políticas sociais, no que diz respeito tanto à identificação do sujeito albergado pela proteção social, quanto dos direitos a serem garantidos ou assegurados.

O presente trabalho não se preocupou em analisar o mérito da concessão do benefício de prestação continuada, mas sim demonstrar os efeitos do controle de convencionalidade. Sabe-se que o ajuizamento da ADPF 182 pela Procuradoria Geral da República, bem como as crescentes discussões sobre a Teoria Geral do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis são anteriores à elaboração da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, a qual alterou o artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 e que passou a vigorar com o conceito de pessoa com deficiência presente no artigo 1º da Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

Não se pode perder de vista que o ajuizamento da ADPF 182 foi o ponto de partida para os debates sobre a utilização de tais conceitos. O único interesse era que o Supremo Tribunal Federal realizasse controle de convencionalidade, ou seja, analisasse a alegada incompatibilidade do dispositivo da LOAS com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção da ONU. Ora, se não fosse de tamanha importância esse assunto não teria ocorrido o reconhecimento por parte dos Po-

deres Legislativo e Executivo, com a consequente elaboração da Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, antes mesmo do julgamento da ADPF 182 pelo Poder Judiciário, ou seja, Supremo Tribunal Federal¹⁶⁸, para redigir o novo artigo da LOAS conforme a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Carlos. H. *et al.* Discapacidad: derechos y políticas públicas. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. Bulit (Comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, 8 dez. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm. Acessado em: 04.03.2013.

_____. Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4o e 5o ao art. 968 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, 1º set. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm#art3. Acessado em: 04.03.2013.

¹⁶⁸ Neste momento se quis demonstrar a integração dos Três Poderes em torno do tema.

CANTOR, Ernesto Rey. Controles de convencionalidad de las leyes. In: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer e Lello de Larrea, Arturo Zaldívar (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2562/16.pdf>. Acessado em: 28.02.2013.

DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

_____; BARBOSA, Livia; SANTOS; Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, pp. 65-77, dez. 2009 (semestral).

FARA, Luis. Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. Bulit (Comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

FONTOURA, José Augusto. Comentários ao artigo 2º. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) – Aziz Tuffi Saliba (Org.)*. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GUERRA, Sidney. *Os direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 32.2, pp. 341-366, jul./dez., 2012. Disponível em: <http://mdf.secel.com.br/dmdocuments/Sidney%20Guerra.pdf>. Acessado em: 18.02.2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. – 6. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Lilia Pinto. *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência co-*

mentada. Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista Direito e Justiça – Reflexões sociojurídicas*, vinculada ao Curso de Direito da URI - *campus* de Santo Ângelo – RS – Ano IX – nº 12 , p. 235-275, mar. 2009.

_____. *Direito dos tratados*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de direito internacional público* – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* – 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

NAUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós Iberica, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>. Acessado em: 15.09.2011.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luís Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

QUIXADÁ, Leticia Antonio. *O supremo e os tratados internacionais de direitos humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 73 f. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://ebookbrowse.com/148-monografia-leticia-quixada-pdf-d26680972> . Acessado em: 20.02.2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 29, pp. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero29/artigo08.pdf>. Acessado em 25.02.2013.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 3. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1745_1826.pdf. Acessado em: 24.02.2013.

SANTOS, Alberto Silva. *A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Acompanhamento processual: ADPF 182 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Processo físico). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086>. Acessado em: 05.03.2013.

EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA¹⁶⁹*The role of the court of justice of the European Union***DANIELA DA ROCHA BRANDÃO**

Doutora em Direito pelo Departamento de Direito Mercantil e do Trabalho da Universidade de Santiago de Compostela. Professora. E-mail: brandaniela@gmail.com.

RECEBIDO EM: 05.03.2013

APROVADO EM: 09.07.2013

ABSTRACT

The aim of the Court of Justice of the European Union is contribute to implementation, with one voice, of the highest values of the UE's Treaties. In this article we intend to show the Court's functioning, mainly about your methods's action, in order to put into force the EU law. The Court of Justice interprets EU law to make sure it is applied in the same way in all EU countries.

KEYWORDS: EUROPEAN UNION LAW. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION.

SUMARIO: Abreviaturas¹⁷⁰. Introducción. 1. Manifestación. 2. Métodos de interpretación. 3. La relevancia de la labor jurisdiccional y de la figura del abogado general. Conclusiones. Referências.

¹⁶⁹ DA ROCHA BRANDÃO, Daniela: *La discriminación en el acceso al empleo por razón denacionalidad*, tesis doctoral, dir. Javier Gárate Castro, catedrático en el departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela (3/12/2012), pp. 139-145.

¹⁷⁰ ETJUE: Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TJ: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TPI: Tribunal de Primera Instancia; TUE: Tratado de la Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

La estructura de la UE comporta en su plano jurisdiccional poderes para uniformar la interpretación de su Derecho y velar por su respeto por parte de las instituciones políticas y administrativas tanto europeas como nacionales. Tales funciones recaen sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, que funciona, desde sus orígenes, sobre la base de un principio de unidad estructural¹⁷¹. El Tribunal, de acuerdo con el art. 19 TUE, comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General (antiguo TPI) y los tribunales especializados y garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

1. MANIFESTACIÓN

Con carácter general, se manifestará sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, en relación con la validez de los actos adoptados por las instituciones e interpretación de Derecho de la Unión y, específicamente, en lo que precisa el Tratado. Está compuesto por jueces y abogados generales nombrados de acuerdo con las condiciones previstas en los arts. 253 y 254 TFUE. Su organización es objeto de los arts. 2 a 36 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁷². También se rige por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁷³.

Como se ha indicado el TJ es competente para conocer y juzgar las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales; por lo tanto, no es el único intérprete del Derecho de la UE, pues comparte dicha labor con los órganos jurisdiccionales nacionales, generándose así un mecanismo de cooperación entre ambas jurisdicciones (nacional y europea). Con todo, constituye su intérprete supremo, ya que los demás tribunales quedan vinculados por su doctrina.

Por sus funciones vitales, el TJ ha tenido notable protagonismo en la construcción y elaboración del Derecho de la Unión Europea y de sus principios esenciales, ejerciendo a veces funciones de legislador y descubriendo, en fin, los elementos que son inherentes a aquel Derecho. En este sentido, se recuerda el “activismo judicial” del TJ, que le ha permitido adaptar los Tratados a las nuevas realidades y realizar avances en la propia lógica del sistema europeo, por encima de la reticencia de algunos Estados. El soporte de dicho activismo judicial se basa, fundamental-

¹⁷¹ De un Tribunal único para todas las Comunidades (CECA, EURATOM y CEE).

¹⁷² De 19 de junio de 1991 (DO L 176 de 4 de julio de 1991); su última modificación data de 23 de marzo de 2010 (DO L 92 de 13 de abril de 2010).

¹⁷³ De enero de 1958, el Protocolo nº 3 tuvo su última versión consolidada a raíz del TFUE (DO C 83 de 30 de marzo de 2010). Sobre la interpretación del art. 23 del Estatuto *Vid.* STJ de 9 de noviembre de 2010 (*VB Pénzugyi Lizing. Zrt.*, asunto C-137/08).

mente, en el art. 13 del TUE, que trata del marco institucional de la UE. En última instancia, queda en manos del TJ la cuestión del alcance del acervo del Derecho de la Unión. Al respecto, “el TJ adquiere una doble función, ya que por un lado concreta cuáles son aquellos principios que pueden considerarse como parte de este acervo fundamental; mientras que a su vez también tiene encomendada la función de proteger y salvaguardar este acervo comunitario”¹⁷⁴. Así, junto con el derecho originario (los tratados fundacionales y revisionales) y derecho derivado (reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes y otros actos atípicos que componen este acervo), el TJ ha reconocido la existencia de principios generales del derecho que forman parte del orden jurídico comunitario¹⁷⁵. También ha afirmado el carácter apremiante para las instituciones de las reglas de derecho internacional; en particular, del derecho internacional convencional¹⁷⁶, y ha reconocido con su propia jurisprudencia el carácter y las funciones de una fuente de derecho¹⁷⁷.

2. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Con relación a los métodos de interpretación aplicados por el TJ¹⁷⁸, existe un vínculo necesario entre la naturaleza de su orden jurídico y las propias reglas inherentes a éste. El Derecho de la UE reúne características particulares que, para MERTENS DE WILMARS, genera una interpretación propia de un sistema de derecho escrito “que no se interpreta como un sistema consuetudinario o basado en gran parte en su *stare decisis*, y tampoco como un sistema de derecho nacional, que emplea métodos distintos al sistema de derecho internacional”¹⁷⁹. Así las cosas, el punto de

¹⁷⁴ OLESTI RAYO, A.: *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastrich al Tratado de Ámsterdam*, Ariel (Barcelona, 2008), p. 37.

¹⁷⁵ Por ejemplo en lo que se refiere a la protección de los derechos y libertades fundamentales [STJCEE de 12 de noviembre de 1969 (*Stauder*, asunto 26/69)], a la estructura institucional y, en particular, la prohibición de la delegación de poderes y el principio de la continuidad del servicio público [STJCEE de 13 de junio de 1958 (*Moroni*, asunto 9/56)], a la estructura jurisdiccional o, si se prefiere, al principio de legalidad [STJCEE de 12 de junio de 1958 (*Hauts Fourneaux de Chasse*, asunto 15/58)], a los límites puestos al ejercicio discrecional de las instituciones y al principio de proporcionalidad [STJCEE de 5 de julio de 1977 (*Bela-Muhle*, asunto 114/76)] y al principio de respeto de la confianza legítima [STJCEE de 14 de mayo de 1975 (*CNTA*, asunto 74/75)].

¹⁷⁶ STJCEE de 12 de diciembre de 1972 (*Internacional Fruits*, asuntos acumulados 21 y 24/72)

¹⁷⁷ STJCEE de 27 de marzo de 1963 (*Da Costa en Schaake*, asuntos acumulados 23 y 30/62).

¹⁷⁸ *Vid.*, con carácter general, ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario general*, Ariel (Barcelona, 1985), pp. 163-165.

¹⁷⁹ “Reflexions sur les methodes d’interpretation de la Cour de Justice des communautés européennes”, en AA.VV.: “*Rencontre Judiciaire et universitaire des 27 et 28 septembre 1976*”, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas (Luxemburgo,

partida del razonamiento interpretativo que usa el TJ se basaría en la constatación de un orden jurídico específico y autónomo, distinto, dirigido a la integración progresiva de un sistema que persigue el establecimiento de reglas comunes destinadas a su realización. Por lo general, los métodos de interpretación utilizados por el TJ son los mismos que los métodos utilizados por cualquier orden jurídico nacional (gramatical o exegético, histórico o de recurso a trabajos preparatorios, comparativo, sistemático o racional y teleológico). Sin embargo, existen circunstancias que limitan su uso en Derecho de la Unión, como, por ejemplo, la variedad lingüística de los textos, la estructura institucional del poder normativo y el carácter de la ley marco económica de un gran número de disposiciones materiales de los Tratados. Por eso, la interpretación sistemática de la norma (la que aclara un texto por su función en el conjunto de sus disposiciones y por su función en el conjunto de los tratados)¹⁸⁰ y la interpretación teleológica (la que explica un texto tanto por sus objetivos específicos como a la luz de la contribución que aporta a los objetivos generales de los tratados)¹⁸¹ son las más utilizadas por los jueces en el TJ¹⁸². Sin embargo si la norma es clara hay que aplicarla siguiendo su tenor literal¹⁸³. Cabe observar aquí que la unión de dichas interpretaciones podría traducirse en el *efecto útil* de la norma europea, porque extiende el efecto de ésta y, simultáneamente, demuestra coherencia con su contenido y resultado eficaz de acuerdo con el objetivo de los Tratados¹⁸⁴. Recalcamos que estas dos posibilidades de interpretación ocupan en el Derecho de la Unión Europea un lugar mucho más importante que en los sistemas de Derecho interno nacionales¹⁸⁵, que suelen ser más estáticos y consolidados.

Según MERTENS DE WILMARS, los métodos interpretativos del TJ po-

1976), pp. 5-20.

¹⁸⁰ STJCEE de 3 de febrero de 1976 (*Manghera*, asunto 59/75).

¹⁸¹ STJCEE de 16 de diciembre de 1960 (*Humblet*, asunto 6/60).

¹⁸² Ello no significa que las características de variedad lingüística y carácter evolutivo de los textos de derecho material puedan generar imposibilidades de interpretación textual (límites más estrechos).

¹⁸³ Las conclusiones generales presentadas en el asunto *Fellinger* [STJCEE de 28 de febrero de 1980 (asunto 67/79)] ponen de relieve que cuando el sentido de la norma está claro conviene aplicarla; aun así, se puede considerar “la solución como poco satisfactoria”, porque la interpretación literal de un texto no debe siempre ser aceptada; “sentido claro y sentido literal no son sinónimos”.

¹⁸⁴ Así, STJCEE de 17 de diciembre de 1980 (*Comisión/Bélgica*, asunto 149/79), en relación con el art. 48.4 TCE (actual 45.4 TFUE): “el efecto útil y el alcance de las disposiciones del tratado relativos a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros no estén limitados por interpretaciones de la noción de administración pública tomados sólo del derecho nacional”.

¹⁸⁵ *Vid.* GARZÓN CLARIANA, G.: “Las fuentes del Derecho Comunitario”, en AA.VV.: *El Derecho de la Unión Europea europeo y su aplicación judicial*, coordinado por Rodríguez Iglesias, G.C. y Liñán Nogueiras, D. J., Civitas (Madrid, 1993), pp. 23-53.

drían seguir algunas reglas¹⁸⁶. La primera es que la necesidad de una interpretación y una aplicación uniforme para el conjunto de la Unión lleva a descartar, en principio, una interpretación que se refiera exclusivamente al sentido de las expresiones o palabras en los Derechos nacionales. El ordenamiento jurídico europeo no pretende definir sus cualificaciones inspirándose en ordenamientos jurídicos nacionales¹⁸⁷. Las nociones de la aplicación de los Tratados se interpretan a nivel europeo y no según su significación nacional. Esto no elimina la posibilidad del TJ de atenerse al derecho nacional de los distintos Estados miembros con la intención de incrementar la búsqueda de una interpretación común. La segunda regla se refiere a los casos en que la discrepancia entre los textos sea de alcance reducido y se localice en una sola versión lingüística; aunque ello avale la interpretación literal, mientras que las otras concordan, sin embargo –*ex majore cautela* –, habrá que controlar que tal interpretación es compatible con la persecución de los objetivos de la norma en cuestión¹⁸⁸. En fin, la tercera regla se refiere a la hipótesis en que las discrepancias entre los textos son significativas. En este caso, el TJ la solucionará interpretando los textos “en función tanto de las finalidades cuanto de la economía general de las disposiciones” relativas al precepto interpretado¹⁸⁹.

3. LA RELEVANCIA DE LA LABOR JURISDICCIONAL Y DE LA FIGURA DEL ABOGADO GENERAL

La relevancia definitiva del TJ con respecto al Derecho de la UE viene porque los Tratados combinan ciertas características de una convención internacional con las de una constitución nacional; en los dos casos nos encontramos ante tipos de normas programáticas o formulaciones generales y, por lo tanto, carentes de concreción jurídica o, si prefiere, de tangibles conceptos jurídicos de posible tutela. La redacción de estos textos está concebida de manera que la autoridad competente tenga un margen vasto de apreciación y quepa cubrir las posibilidades de variación de las acciones en el tiempo. Aparte del control de legalidad del texto fundamental de la UE, el TJ también garantiza “el respeto del ordenamiento jurídico europeo globalmente considerado”¹⁹⁰; es decir, también del derecho derivado producido por las instituciones de la Unión. Al hilo de lo que acabamos de mencionar podríamos afirmar que el TJ, más allá de ejercer funciones revisoras, implementa la labor de juez constitucional y, a la vez, de juez contencioso-administrativo.

¹⁸⁶ Vid. “*Reflexions sur les methodes d’interpretation...*”, cit., pp. 12 y sgs.

¹⁸⁷ Vid. STJCEE de 14 de enero de 1982 (*Corman*, asunto 64/81).

¹⁸⁸ Vid. STJCEE de 1 de julio de 1979 (*Koschniske*, asunto 9/79).

¹⁸⁹ Vid. STJCEE de 17 de septiembre de 1981 (*Hudig*, asunto 136/80).

¹⁹⁰ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Aranzadi (Navarra, 2010), p. 160.

La figura del Abogado General merece mención en este apartado¹⁹¹, inspirada en la del Comisario de Gobierno del contencioso francés y elemento fundamental para la comprensión del funcionamiento del TJ y el alcance de su doctrina. Su función viene prevista en el art. 252 TFUE: “presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia, requieran su intervención”; sus conclusiones, no vinculantes, componen un extenso análisis de la doctrina y de la jurisprudencia desde una perspectiva tanto nacional como europea, que facilita el trabajo de los jueces y que completan los argumentos de las decisiones llevadas a cabo por éstos. Tales conclusiones son parte viva de la doctrina del Tribunal de Justicia en la medida que actúan reforzándola o debilitándola de acuerdo con el asunto. Es más, también sirven de guía para los operadores jurídicos que buscan en ellas las lagunas de algunos fundamentos jurídicos dejadas por las correspondientes sentencias. Excepcionalmente, el TJ tiene la facultad de considerar innecesarias las conclusiones si el asunto no plantea ninguna discusión de derecho nueva. En este caso, una vez oído el Abogado General, el juez cierra el procedimiento para pasar a las deliberaciones (art. 20 ETJUE).

CONCLUSIONES

Desde el primer asunto registrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 9 de febrero de 1954, cuando entonces el Presidente del mismo ordenó, que se abriera una botella de champagne para celebrarlo¹⁹², que año tras año el papel de esta suprema corte asume única importancia en la uniformización del Derecho de la Unión Europea. La doctrina jurídica extraída del activismo del TJ es esencial para la correcta aplicación e interpretación del Derecho de la UE, especialmente en el actual contexto de una UE de territorio más amplio. El TJ de hoy esta compuesto de muchos más jueces, abogados generales y traductores, en que pese su lengua oficial de trabajo sea el francés. Por ejemplo, el trabajo de ordenar vasta documentación, en la lengua del asunto originario, hay que ser realizado por un experto. Indudablemente, entre otros desafíos, uno de los más complejos es adecuar una única decisión a la realidad de 27 países miembros de la UE.

¹⁹¹ Sobre él *Vid.* LÉON JIMÉNEZ, R.: *La figura del abogado general en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Reus (Madrid, 2007).

¹⁹² LORD MACKENZIE STUART: “El Tribunal de Justicia: una visión personal”, en AA. VV.: *Clásicos de la Justicia Europea- En el 50 aniversario de los Tratados de Roma*, edición de Ricardo Alonso García, Aranzadi (Navarra, 2007), pp. 73-74.

REFERÊNCIAS

ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Aranzadi (Navarra, 2010).

DA ROCHA BRANDÃO, D.: *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*, tesis doctoral, dir. Javier Gárate Castro, catedrático en el departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 2012).

GARZÓN CLARIANA, G.: “Las fuentes del Derecho Comunitario”, en AA.VV.: *El Derecho de la Unión Europea europeo y su aplicación judicial*, coordinado por Rodríguez Iglesias, G.C. y Liñán Nogueiras, D. J., Civitas (Madrid, 1993).

ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario general*, Ariel (Barcelona, 1985).

LÉON JIMÉNEZ, R.: *La figura del abogado general en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Reus (Madrid, 2007).

LORD MACKENZIE STUART: “El Tribunal de Justicia: una visión personal”, en AA.VV.: *Clásicos de la Justicia Europea- En el 50 aniversario de los Tratados de Roma*, edición de Ricardo Alonso García, Aranzadi (Navarra, 2007)

MERTENS DE WILMARS, J.: “Reflexions sur les methodes d’interpretation de la Cour de Justice des communautés européennes”, en AA.VV.: *Rencontre Judiciaire et universitaire des 27 et 28 septembre 1976*”, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas (Luxemburgo, 1976).

OLESTI RAYO, A.: *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastrich al Tratado de Ámsterdam*, Ariel (Barcelona, 2008).

A ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA DE 1988

*The international economic order and its implications in Economic Constitution
Brazil 1988*

GINA VIDAL MARCÍLIO POMPEU

Doutora em Direito Constitucional pela UFPE. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR. Consultora jurídica da Assembleia Legislativa do Ceará. E-mail: ginapompeu@unifor.br.

ADRIANA ROSSAS BERTOLINI

Acadêmica de Direito pela UNIFOR. Pesquisadora pela FUNCAP na linha de Pesquisa de Direito Constitucional das Relações Econômicas: desenvolvimento humano e crescimento econômico em análise, sob a coordenação da Profª Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu. E-mail: adriana.bertolini@yahoo.com.br.

RESUMO

O artigo tem o escopo de analisar os efeitos dos modelos econômicos de Breetton Woods e do Consenso de Washington sobre o constitucionalismo brasileiro com vistas a compreender as inferências jurídicas, políticas, econômicas e sociais advindas da transição do modelo de Estado interventor, mínimo e regulador. Verifica-se que as mudanças introduzidas pelas Constituições econômicas, geram significativos impactos na sociedade e na economia. Essas transformações por sua vez, envolvem múltiplas conexões internacionais, fatores políticos e ideológicos que tecem imbricações nos caracteres sociais fundamentais da Constituição. Neste sentido, a metodologia adotada na pesquisa é de natureza qualitativa, tem fim exploratório e descritivo; de tipo bibliográfica. Foram analisados livros, periódicos, bem como, sítios eletrônicos, que sistematizaram os principais aspectos concernentes a atuação do Estado e da Economia no constitucionalismo brasileiro. Deste modo, o trabalho estuda os reflexos desses fatores na ordem econômica e social da Constituição de 1988, sob a égide do patamar mínimo de igualdade que permite o desenvolvimento dos direitos de personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: GLOBALIZAÇÃO. ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL. CONSTITUCIONALISMO. DESENVOLVIMENTO.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the economic effects of Breton Woods and Washington Consensus in Brazilian constitutional system. These choices reflect in economic models, by the transition of minimum to intervenor state. The impact of economic changes rebounds in legal principles, instead of guiding it. An overview of the constitution shows that social ordering is overlapped by economic parameter. This study considers, therefore, the antagonism between liberal economy and the minimum standards of welfare, as well as social rights. The methodology consists in bibliographical research, specially in constitutional remarks.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER. CONSTITUTIONALISM. DEVELOPMENT.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Conferência de Bretton Woods. 2. O impulso neoliberal e o Consenso de Washington. 3. Contornos da Constituição Econômica Brasileira de 1988: implicações socioeconômicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É possível constatar que as mudanças na ordem econômica internacional acompanham transformações no arcabouço jurídico dos países centrais e periféricos. Os impactos econômicos, jurídicos, políticos e sociais, advindos da transição do modelo de Estado adotado: mínimo, regulador e interventor fazem-se sentir na esfera pública e privada.

Neste sentido, o trabalho busca analisar os reflexos dos modelos econômicos internacionais na evolução do constitucionalismo econômico brasileiro. Para tanto, foi estudado o surgimento das ordens econômicas mundiais contemporâneas, sua base teórica, a chegada ao poder e a relação com os direitos econômicos e sociais pátrio. Para atender este objetivo, será aplicada metodologia de pesquisa de natureza qualitativa, com fins exploratórios e descritivos, de tipo doutrinário, bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, realizada em livros e periódicos, bem, como em sites eletrônicos; haja vista que essas análises sistematizaram os principais aspectos concernentes a atuação do Estado, da economia e da sociedade na promoção do desenvolvimento econômico e humano.

Entende-se que o trabalho proposto é relevante para a investigação cons-

titucional e jurídica mediante a compreensão da conjuntura econômica e política contemporânea. Propõe-se como resultados esperados afirmar que a elaboração e a implementação das leis orçamentárias são instrumentos capazes de conciliar a ordem financeira, com a ordem econômica e colocá-las com a prioridade de efetivar a ordem social.

Vale ressaltar que a cada direito social corresponde uma dimensão positiva. Os direitos à educação, saúde, moradia, alimentação e trabalho, dentre outros, implicam custos e decisões políticas. As constituições do século XX foram pródigas em albergar direitos sociais, por vezes, passaram a ser apelidadas de semânticas ou simbólicas, ou seja, distantes de possuírem uma força normativa capaz de concretizar seus dispositivos. Cumpre lembrar que a partir do fim da II Guerra Mundial, essa situação modificou-se diante das orientações dos tratados e convenções internacionais que reafirmaram direitos supraconstitucionais inerentes à defesa dos direitos humanos e ao desenvolvimento humano.

Sabe-se todavia, que não bastam leis; elas devem corresponder às necessidades dos fatos, assim estão vinculadas aos desejos e vertentes econômicas, devem em certas instâncias permitir e incentivar o crescimento econômico, e em outras situações buscam inibir ou até proibir a atuação de determinadas atividades econômicas. O Estado do século XXI, por meio de suas funções e das escolhas da sociedade, tem o escopo de conciliar o crescimento econômico com o desenvolvimento humano.

Essa análise fez parte da proposta desta pesquisa que pontuou para significativas etapas da história das ideias econômicas e jurídicas que determinaram a tomada de decisões que vêm moldando a vida das pessoas e suas possibilidades de gozarem de amplo aspecto de direitos sociais reverberados pela ordem internacional. Nessa vertente, tratou-se no primeiro tópico sobre a Conferência de Bretton Woods realizada em 1944 e a influência dos posicionamentos de Maynard Keynes; no segundo tópico discorreu-se sobre o Consenso de Washington e as políticas neoliberais; já no terceiro se analisou no âmbito nacional os contornos da Constituição econômica brasileira de 1988 e as respectivas implicações socioeconômicas.

Por fim apontou-se para o essencial retorno do Estado nação, aquele que enxerga o seu elemento população e as suas necessidades, e nesse contexto viabiliza um Estado fiscal para fazer face ao Estado social. Propugnou-se a favor do fortalecimento das instituições de homens livres, emancipados, que gozam do usufruto dos direitos de personalidade e assim desenvolvem suas capacidades, e reconhecem o fundamento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa cravados na Constituição brasileira de 1988.

1. A CONFERÊNCIA DE BRETTON WOODS

O cenário imediato em termos econômicos do pós Segunda Guerra mundial, era de total desmantelamento da infraestrutura da maioria dos países, elevado desemprego, endividamento, dificuldades na retomada das atividades industriais e agrícolas e ascendente inflação. Este quadro associado às lembranças dos anos de Depressão do entre guerras, motivou discussões no âmbito político, acadêmico e das relações internacionais sobre a construção de uma ordem capaz de pautar juridicamente o funcionamento da economia mundial e evitar os transtornos que devastaram o mundo na primeira metade do século XX.

Deste modo, a ordem econômica contemporânea teve como marco inicial os Acordos da Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas realizada na cidade de Bretton Woods (New Hampshire, EUA) em julho de 1944, onde reuniram-se representantes de 44 países, entre eles o Brasil. As propostas de estruturação econômica se ocupavam em estabelecer as principais normas e organismos internacionais com fins a regular a economia internacional, o equilíbrio da moeda, o livre comércio e o desenvolvimento pautado em temas juridicamente relevantes. Assim, é possível observar que as discussões de Bretton Woods consolidaram a vitória do modelo de coordenação e planejamento proposto por John Maynard KEYNES¹⁹³, economista idealizador do plano *New Deal*¹⁹⁴, em contraponto às ideias de *laissez-faire*¹⁹⁵. Eric Hobsbawm retrata o retorno da intervenção estatal na economia em detrimento das ideias inerentes ao liberalismo, senão veja-se:

Por diversos motivos, os políticos, autoridades e mesmo muitos homens de negócios do Ocidente do pós-guerra se achavam convencidos de que um retorno do *laissez-faire* e ao livre mercado original estava fora de questão. Alguns objetivos políticos – pleno emprego, contenção do comunismo, modernização de economias atrasadas, ou em declínio, ou em ruínas – tinham absoluta prioridade e justificam a presença mais forte do governo. Mesmo regimes antes dedicados ao liberalismo econômico e político podiam agora, e precisavam, dirigir suas economias de uma maneira que an-

¹⁹³ Keynes, é considerado um dos mais influentes e importantes economistas do século XX. Rompeu com o paradigma neoclássico econômico, justificando por meio da teoria da Demanda Efetiva, políticas intervencionistas de estímulo à produção e ao emprego.

¹⁹⁴ O plano *New Deal*, foi implantado por Roosevelt em 1933 nos Estados Unidos após a grande depressão do final da década de 20. Neste modelo o Estado passa a monitorar o mercado. Além disso, o governo investiu na construção de empresas estatais, obras públicas e leis de proteção social, recuperando a economia estadunidense.

¹⁹⁵ O lema francês *laissez-faire* que significa deixar fazer, deixar passar, surgiu do ideal liberal de Estado na Inglaterra e posteriormente na França. Este modelo se baseia na limitação da atuação e dos poderes do Estado frente a ordem econômica, com ênfase na proteção dos direitos naturais do homem.

tes seria rejeitada como “socialista”(HOBSBAWM, 1995, pp. 267-268).

Nessa perspectiva, Nguyen DINH; Alain PELLET; Patrick DAILLER; , (1999, p. 906) definem ordem econômica como “o conjunto de normas e instituições que regulamentam os comportamentos e as atividades dos operadores econômicos, correspondendo a alguns princípios dirigentes ou padrões julgados complementares por um modelo econômico.” Na mesma vertente, a ordem econômica internacional é fruto de um processo de articulações entre os interesses privados e estatais que se conectam com a dinâmica das forças de mercado e com a necessidade de correção de desequilíbrios sociais.

As concepções discutidas na Conferência de Bretton Woods reconheciam a falência das forças de livre mercado em manter o crescimento econômico, e portanto da necessidade de estabelecimento de um novo sistema monetário internacional, em particular o padrão dólar- ouro. José Luis Fiori examina a influência Norte Americana e expõe:

Este modelo conciliou a paridade fixa entre as moedas com a autonomia das políticas monetárias nacionais, sob a hegemonia capitalista “benevolente” dos Estados Unidos, pressionados pelo desafio ideológico e militar da União Soviética (e sua zona de influência socialista (FIORI , 1999, p. 70).

A estabilidade da economia doméstica, implicava significativa soberania nacional em termos monetários e cooperação internacional dentro das diretrizes de uma instituição supranacional, que na ocasião das discussões, fez surgir o FMI e o Banco Mundial. As instituições foram criadas com vistas a contribuir para a estabilidade do sistema monetário e financeiro internacional bem como promover o desenvolvimento mundial por meio de financiamentos de projetos.

Constata-se que, os esforços do Banco Mundial e da função do dólar¹⁹⁶, as principais medidas tomadas em Bretton Woods, foram bem-sucedidas: ampliou-se o comércio internacional, manteve-se o referencial monetário internacional e permitiu-se a reconstrução de muitos países. As negociações possibilitaram o desenvolvimento e a redistribuição de riquezas nos países centrais, que apresentaram taxas de crescimento sem precedentes. Foi nesse período, que segundo FIORI (1999, p. 70), “se cunhou a expressão “milagre econômico”, para referir-se a esses casos de suces-

¹⁹⁶ MOFFITT (1984, p. 27) “destaca sobre a realidade monetário-financeiro da época que o sistema ouro-dólar era claramente superior ao clássico padrão-ouro pois, ao contrário do ouro, dólares podiam ser criados para expandir o comércio mundial. Dólares emigravam dos Estados Unidos em grandes somas para financiar bases militares, programas de ajuda, investimentos no exterior de empresas estadunidenses e empréstimos a bancos estrangeiros. O dólar era considerado “tão bom quanto o ouro” por homens de negócios e governo. Ao comprar ou vender no mercado mundial, a União Soviética utilizava dólares. A maioria dos países usavam dólares para suas reservas de moeda estrangeira”.

so no campo do desenvolvimento”.

Ressalta-se que a aprovação do Plano Marshall pelo Congresso dos Estados Unidos e lançado em julho de 1948, gerou recursos substanciais para que os países europeus no imediato pós-guerra revertissem a situação deficitária que se encontravam. A medida consolidou a “boa” liderança dos EUA no cenário internacional, bem como possibilitou vantagens materiais para seus parceiros da Guerra Fria e expansão de filiais de empresas norte-americanas em direção a esses países. “Os investimentos dos EUA foram fundamentais para recuperar o balanço de pagamentos dos países europeus e também para permitir uma reconstrução relativamente rápida de suas economias” (MATTOS, 2001, p. 98). Observa-se que o crescimento dos principais países europeus no final dos anos 40 e início dos anos 50, pode ser condensado conforme mostra Tabela 1. Nota-se que o PIB desses países atingiu patamar igual ou mais alto que os alcançados no pré-segunda guerra.

Tabela 1 - Evolução do PIB no período de reconstrução pós Segunda Guerra mundial

Países	Ano do pré-guerra em que o PIB era o mesmo que em 1945 (1)	Ano em que o PIB atingiu o nível mais alto do pré-guerra (2)	Taxa média anual de Crescimento do PIB durante a reconstrução (1945 até ano da coluna 2)
Alemanha	1908	1951	13.5
França	1891	1949	19.0
Itália	1909	1950	11.2
Holanda	1912	1947	39.8

Fonte: (CRAFTS; TONIOLO, 1996, p.4)

As premissas da nova ordem econômica mundial passaram a ser estabelecidas na 1ª Conferência da UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento em 1964 e foram firmadas em 1974 com as Resoluções 3201 e 3202 da Assembleia Geral da ONU, que na ocasião foram denominadas Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados.

Neste contexto, inaugura-se o denominado *Welfare State* (Estado de bem-estar social). Movimento que em síntese se caracterizou pela intervenção do Estado na economia e em diversos setores da vida social, de modo a evitar o retorno do desemprego e de conflitos sociais provocados pela Grande Depressão. Consoante pontifica BOBBIO (1998), a crise do liberalismo possibilitou o surgimento do Estado interventivo, envolvido no financiamento e na administração de políticas de seguro

social, uma vez que as primeiras formas de *Welfare State*, visavam se contrapor ao socialismo real, o que originou uma política econômica única que modificou a expressão capitalista do Estado contemporâneo.

O reconhecimento de direitos da classe trabalhadora e das massas em desequilíbrio social, fez os Estados reestruturarem suas políticas de crescimento e desenvolvimento com base na teoria de Keynes, como meio de amenizar os efeitos do funcionamento da economia capitalista. De tal modo, a ampliação dos direitos sociais nos países capitalistas centrais, adaptaram-se aos processos políticos de desenvolvimento de cada Estado, após a Conferência de Bretton Woods em 1944.

Ressalta-se que as demandas do proletariado, desde o início do século XX, passaram a ser albergadas na Constituição mexicana¹⁹⁷ de 1917 e a Constituição germânica de Weimar¹⁹⁸ de 1919. No Brasil verifica-se que as reivindicações dos trabalhadores foram acolhidas por Getúlio Vargas, e inseridas no texto constitucional de 1934. Neste contexto, estas reivindicações requeriam o intervencionismo do Estado nas relações econômicas sob a justificativa da implementação de políticas públicas promotoras de justiça social, configurando-se como exemplos do modelo de constitucionalismo econômico¹⁹⁹ vigente.

Gilmar MENDES (2008) salienta que a regulação constitucional da atividade econômica é um processo histórico recente, relacionado à passagem do Estado Liberal ao Estado Social, em conjunto com o fenômeno da socialização do sistema

¹⁹⁷ Sobre o contexto da Constituição Econômica Mexicana, Hugo COUTO (1979, p. 208-209) salienta: “*Al respecto creo que debo mencionar el criterio sustentado en el Plan Básico de Gobierno, en el que con muy buen tino se dice: La inversión del sector público debe obedecer a las necesidades nacionales (...), el crecimiento de la inversión privada debe descansar en el desarrollo del país. Por consiguiente, la autonomía de la inversión pública, la determinación de su volume y renglones por criterios no sujetos a los vaivenes de la inversión privada es, en nel fondo, la mejor manera de impulsar a esta última*”. Nesse sentido acho que deveria mencionar a opinião expressa do Plano Básico do Governo, o que é muito sensato e diz: o investimento do setor público deve obedecer às necessidades nacionais (...), o crescimento do investimento privado deve se debruçar no desenvolvimento do país. Portanto, a autonomia do investimento público, a determinação do seu volume, as linhas e critérios, não estão sujeitos aos caprichos do investimento privado, ao passo que este é o melhor caminho para promover o último (tradução nossa).

¹⁹⁸ Carl SCHIMITT (2007, p. 146), observa que o “sistema da Constituição econômica não tem aqui absolutamente o objetivo de tornar a economia livre e autônoma, mas ao contrário, de entregá-la na mão do Estado e de submetê-la a ele”.

¹⁹⁹ Faz-se necessário destacar que os direitos de terceira geração, os denominados direitos econômicos e sociais, surgiram por influência da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e da Revolução Russa. “Esses direitos compreendem os chamados direitos de crédito, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social” (BEDIN, 2002, p. 62).

capitalista de produção, nas primeiras décadas do século XX, determinando desta maneira a transição do liberalismo ao intervencionismo estatal.

Este modelo de desenvolvimento permanece hegemônico até meados dos anos 70, quando inicia-se a configuração da economia de hoje. “[...] Foi neste período histórico que, aos poucos, se delineou, de forma articulada, uma nova visão do Estado, do mercado e, dos direitos do homem.” (BEDIN, 2002, p. 82). A crise do Estado de bem-estar²⁰⁰, vivenciada no Brasil de maneira parcial entre 1945 e 1973, motivou o retorno do liberalismo²⁰¹ econômico, agora denominado neoliberalismo, onde novamente o mercado é considerado o principal ator das relações econômicas e regulador da economia.

2. O IMPULSO NEOLIBERAL E O CONSENSO DE WASHINGTON

Cumprindo inicialmente lembrar que a crise dos anos 70, contribuiu para o ressurgimento das ideias inerentes ao liberalismo econômico, agora apelidado de neoliberalismo. Esse movimento de caráter econômico, político e jurídico, que envolve ascendente interdependência entre as economias domésticas, os mercados financeiros, as grandes corporações, os processos produtivos e distributivos, as mídias e o consumo. O neoliberalismo expandiu-se significativamente como modelo para o mundo, a partir do processo de globalização, impulsionado pelas mudanças das tecnologias de informação e comunicação e das transformações político-econômicas dos anos 80 e 90. O trabalho do sociólogo espanhol Manuel Castells, oferece importante mapeamento do mundo globalizado atual:

Um novo mundo está se formando neste final de milênio. Ele se origina da coincidência histórica, em torno do final dos anos 60 e meados dos 70, de três processos independentes, a revolução da tecnologia da informação, a crise econômica tanto do capitalismo quanto do estatismo e suas subsequentes reestruturações; e o surgimento de movimentos culturais e sociais, tais como a doutrina do livre-arbítrio, os direitos humanos, o feminismo e o ambientalismo... as interações entre esses processos e as reações que eles provocaram fizeram surgir uma nova e dominante estrutura social, a sociedade em rede, e a nova economia global da informação bem como uma nova cultura (CASTELLS, 1999, p. 411).

²⁰⁰ A crise do Estado de bem-estar atinge, em especial os grandes grupos capitalistas, que tiveram seus lucros reduzidos ou controlados. Com isso passam a questionar o papel do Estado na economia e o retorno da hegemonia do mercado.

²⁰¹ Para GRAMSCI (1978, p. 32), “O liberalismo é uma “regulamentação” de caráter estatal, introduzida e mantida por caminhos legislativos e coercitivos: é um fato de vontade consciente dos próprios fins, e não a expressão espontânea, automática, do fato econômico. Portanto, o liberalismo é um programa político, destinado a modificar, quando triunfa, os dirigentes de um Estado e o programa econômico do próprio Estado, isto é, a modificar a distribuição da renda nacional”.

Para melhor compreender o surgimento do neoliberalismo, faz-se mister voltar ao início do século XX, período no qual se configurou o modelo de intervenção do Estado na Economia e que segundo CAMPOS; FERNANDEZ (1993), inaugura a maré coletivista, que abrange as sociedades comunistas, surgidas com a Revolução Russa de 1917, com as sociedades nazistas e fascistas e alcança as sociedades democráticas contemporâneas, denominadas de *Welfare State*. Para os devotos do neoliberalismo, estas sociedades representam o declínio do mundo moderno, por possuírem formações históricas totalitárias.

Depreende-se que as críticas às sociedades comunistas e às sociedades nazistas e fascistas como formas opressoras da liberdade individual, segundo estabelece HAYEK (1990), insere-se neste aspecto, como concordância quase uníssona por parte dos defensores de uma ética que valoriza a vida e a dignidade. No entanto, no que tange às críticas do neoliberalismo às sociedades democráticas, evidencia-se complexa análise, haja vista que em “nome da liberdade individual quer se absolutizar o mercado, suas “leis” e sua “lógica”(…) ou seja, contra todos os tipos de sociedades modernas em que esteja presente algum tipo de intervenção do Estado” (BEDIN, 2002, pp.83-84).

As bases teóricas do neoliberalismo, revisitaram o pensamento de Adam SMITH (2006) exposto em sua obra *Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, que estabelece a crença numa ordem natural governada por uma mão invisível²⁰². Para Smith o auto-interesse domina a maioria dos homens, o que resulta em relações mutuamente vantajosas no mercado, produzindo-se com isso bons resultados orientados no primado da liberdade individual, caracterizando-se no paradoxo de que o individualismo é benéfico para a sociedade.

Cumprir lembrar que já em 1922, Ludwig Von Mises com a obra *Economia Comunal*, delineou crítica ativa ao cálculo econômico do socialismo que excluía o mercado, protagonizando ensaios teóricos ao intervencionismo do Estado, e assim influenciou seu discípulo Friedrich August Von HAYEK (1990), que de forma sistemática, elaborou postulado feroz à maré coletivista, em seu livro *O Caminho da Servidão* de 1944, onde apresenta princípios de contestação e resistência ao controle do Estado em relação a economia de mercado, que para ele, leva à perda da liberdade. Hayek é conhecido por defender o capitalismo de livre mercado, a criação de dinheiro privado e um sistema bancário livre que disciplinaria e anteciparia os fatores econômicos, ao contrário da intervenção governamental. Em outras palavras, para Hayek, “a intervenção governamental apenas fazia as coisas piora-

²⁰² A mão invisível é a “força que leva à busca do interesse próprio individual, de modo a contribuir para o bem comum. Cada indivíduo que persegue seu próprio interesse contribui para o maior bem-estar social. O interesse próprio e a ordem social então se reconciliam. A busca do interesse próprio individual se torna o motivo fundamental na política econômica” (FORSTATER, 2009, p. 29).

rem” (FORSTATER, 2009, p. 61). Suas ideias influenciaram os governos de Ronald Reagan (1981-1989) nos Estados Unidos e da primeira-ministra britânica Margaret Thatcher (1979-1990), considerados os primeiros governos ocidentais a adotarem políticas econômicas neoliberais.

Outra vertente do neoliberalismo, surgiu nos Estados Unidos na Universidade de Chicago, com o professor Milton Friedman, principal figura da escola monetarista, considerado um dos economistas mais conceituados e influentes do século XX. FRIEDMAN (1984) era contra a fixação de piso salarial, por acreditar que esta política terminava por alterar os custos produtivos, bem como contestava o salário mínimo, defendendo que este modificaria de modo artificial a mão-de-obra com pouca qualificação. Para o autor, essas regulamentações gerariam alta de preços e inflação.

As ideias neoliberais ultrapassaram os círculos restritos e alcançaram o grande público em 1989, quando as propostas orientadoras de nova ação dos Estados, principalmente os Estados latino-americanos no que tange ao mercado, foram estabelecidas em Washington, numa conferência do *Institute for International Economics*, que na ocasião, o economista inglês John Williamson, consultor econômico do Tesouro do Reino Unido (1968-1970) imprimiu a expressão “Consenso de Washington”. Esse documento foi amplamente difundido, seja pelos meios de comunicação influenciando políticos e economistas. Nesta medida, o Estado reduziria as suas funções, atuaria principalmente como provedor normativo com vistas a garantir a segurança e a rentabilidade dos negócios privados.

As principais forças neoliberais impulsionaram a reestruturação capitalista com postulados que consistem “na incorporação das privatizações em massa, na política de “recuperação de custos” aplicável ao conjunto dos serviços sociais, na blindagem jurídica à propriedade privada e na política de legalização do setor informal da economia” (PEREIRA, 2010, p.277). A Tabela 2 resume o decálogo publicado por John Williamson.

Tabela 2 – O consenso de Washington original

Tópico	Prescrição
Disciplina fiscal	Para que o manejo da política fiscal sirva à manutenção da estabilidade macroeconômica (entendida, basicamente, como controle inflacionário), deve haver um elevado e persistente superavit primário, aceitando-se um déficit operacional de, no máximo, 2% do PIB.
Reorientação dos gastos públicos	Ligado à política fiscal rígida está o redirecionamento do gasto público para áreas de alto retorno econômico e formação/melhoria de “capital humano” (saúde, educação e infraestrutura), com algum potencial para distribuição de renda.

Reforma tributária	Aumento da base tributária e corte de impostos marginais.
Taxa de juros	O ideal é que seja determinada pelo mercado. Porém, deve ser fixada num patamar moderado, a fim de estimular a poupança e desestimular a fuga de capitais.
Taxa de câmbio	Unificada e fixada num patamar suficientemente competitivo para induzir o aumento rápido das exportações, especialmente de produtos não tradicionais.
Liberalização comercial	Redução acentuada das tarifas de importação, a fim de acelerar a integração à economia mundial e facilitar a entrada dos insumos necessários ao fortalecimento do setor produtivo doméstico.
Abertura para o capital estrangeiro	Abolição imediata das barreiras ao investimento externo direto, de modo que empresas estrangeiras e nacionais compitam em pé de igualdade.
Privatização	Privatização em massa das empresas estatais, a fim de gerar recursos a curto prazo, reduzir o gasto público e elevar a eficiência global da economia.
Desregulamentação da economia	Desregulamentação ampla da economia, a fim de estimular a entrada de novas empresas e elevar a concorrência. Controle de preços, tarifas de importação e legislação trabalhista, dentre outros, oneram o capital privado, razão pela qual devem ser suprimidos ou radicalmente revisto.
Direitos de propriedade	Devem ser assegurados, sem custos excessivos, e estendidos ao setor “informal” da economia, a fim de ampliar a formalização da iniciativa privada.

Fonte: (WILLIANSO, 1992, pp. 44-45)

Os pioneiros na adoção desses postulados foram os governos Reagan (1981-1989) nos Estados Unidos e na Inglaterra com Margaret Thatcher (1979-1990). Os resultados objetivos destes projetos foram cortes profundos em investimentos sociais e a criação de blocos econômicos de modo a suprimir gastos com a circulação de mercadorias. Posteriormente, países como França, Espanha, Alemanha, Portugal e Itália, implementaram as medidas econômicas ortodoxas do Consenso. Vale destacar, que os setores estratégicos da economia inglesa e estadunidense, por exemplo, o protecionismo se mantém forte. Neste sentido, blocos econômicos como o NAFTA, União Europeia e na ocasião o G-7, reuniram as grandes potências mundiais que passaram a ditar as regras econômicas e políticas do mundo. Deste modo, o Consenso de Washington foi um momento em que o G – 7 se reuniu nos Estados Unidos, para definir as estratégias de implementação neoliberal nos países então denominados do Terceiro Mundo. Gilberto Bercovici analisa aquele período, onde prevalecia a ordem financeira, dinheiro gerando dinheiro, D-D, sem a produção de mercadoria D-M-D, e assim retrata:

Diferentemente do que ocorrera na ordem do segundo pós-guerra, a camada capitalista do mundo dos negócios, localizada no entrelaçamento das redes de poder e capital do sistema mundial, passou a comandar a expansão do capital na forma DD, impondo uma adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais, a partir das expectativas dos detentores da riqueza mundial (BERCOVICI, 2006, p. 22).

Registra-se que na América Latina, o México, o Chile e a Argentina foram os primeiros países a implementarem os postulados neoliberais, seguido pelo Brasil com os governos Collor (1990-1992), Itamar (1992-1995) e impulsionado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) e segue até os dias atuais.

No mesmo sentido, a formação de blocos integrados como o MERCOSUL – Mercado Comum do Cone Sul, é o instrumento de globalização econômica neoliberal implementado no continente latino americano, em particular na América do Sul. O Brasil, o Uruguai e o Chile, eram no período, os países membros deste organismo que, tornaram-se aliados para viabilizar melhores relações comerciais na América Latina. Percebe-se que as orientações do FMI e do Banco Mundial fizeram-se presentes. Noam Chomsky critica esse modelo econômico, que segundo sua visão, prestigia um pequeno grupo em detrimento da coletividade:

O neoliberalismo é o paradigma econômico e político que define o nosso tempo. Ele consiste em um conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais (CHOMSKY, 2002, p. 7).

O programa político neoliberal em resposta às pressões, respondeu por meio da dilatação do panorama de ajustamento estrutural realizado em meados dos anos 1990 em todos os países da América Latina. Os estágios da liberalização econômica podem ser analisados a partir decisões de reduzir a inflação e reativar o crescimento econômico, de mudar as regras macroeconômicas, reduzir o tamanho e o âmbito das ações do Estado, assim de diminuir o protecionismo e a intervenção na economia.

Moisés NAÍM (2000) e João Márcio Mendes PEREIRA (2010) resumem as ações do Estado brasileiro diante das determinações do Consenso de Washington e da política de globalização econômica pontuando algumas vertentes do Estado que optou por realizar cortes orçamentários, promover a reforma fiscal, garantir a liberalização de preços (incluindo taxas de juros e de câmbio), permitir a liberalização comercial financeira, implementar a desregulamentação do setor privado, e por fim possibilitar as privatizações. Já a criação de fundos sociais de emergência deveria

ser pensada, precipuamente, fora dos ministérios sociais, assim como a reforma da previdência.

As ações acima comentadas visavam garantir a competitividade do Brasil no âmbito internacional para se tornar um país atraente às novas empresas, e nesse contexto gerar emprego e renda à população. As empresas transnacionais não se importavam onde o produto era feito, para elas, a relevância encontrava-se no local, onde o consumo se mostrava presente. Para conseguir a atenção dessas empresas no âmbito da globalização, e em seguida despertar o interesse, o desejo e a ação de se instalarem no Brasil, fazia-se primordial manter o controle inflacionário, acelerar o crescimento, consolidar a abertura econômica, garantir a estabilidade judicial por meio da reforma do judiciário, estimular a poupança interna e promover a educação como instrumento para minorar a pobreza.

Vale ressaltar que as determinações estatais davam-se na esfera pública e privada, assim, ao mesmo tempo em que realizava uma reestruturação institucional para a promoção de agenda microeconômica, e para promover condições para elevar a competitividade do setor privado, o Estado e suas instituições passava a adotar processos orçamentários definidos e obrigatórios; nesse diapasão realizaram a reorganização da estrutura de governo, bem como a redução do funcionalismo público que encharcava e onerava os cofres públicos. Nesse viés o Estado optou pela descentralização administrativa.

Nota-se que o apogeu desse período deu-se com a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Essa Lei, que foi debatida e estimulada em todo o país nas diversas esferas da federação, tentava impor controle aos gastos públicos que deveriam ser limitados pela capacidade de arrecadação de tributos de cada ente da federação. Pode-se ainda constatar o teor preventivo e educativo de tal lei que tinha o objetivo de garantir a transparência na utilização dos recursos públicos. Na vertente das decisões neoliberais não lograram êxito, com o Governo Lula, a reforma trabalhista e a revisão do pacto federativo, porém, vale afirmar que o Governo do PT conseguiu implementar a reforma da Previdência, fazendo com que os aposentados voltassem a pagar a previdência.

As consequências do projeto neoliberal apresentaram-se como realidade preocupante para os países periféricos que não haviam passado pela etapa do Estado de bem estar social (*Welfare Estate*). A desigualdade social, a concentração de rendas, e a ausência de um patamar mínimo de igualdade até então escondidas pelos governos interventores, que arrecadavam e gastavam mal os recursos públicos, mostraram a sua face diante da transparência promovida pelo processo global.

Na América Latina, a ausência de capital humano habilitado para o processo econômico global promovido, acarretou em aumento da concentração de renda, e desemprego, conforme mostra o Panorama Social da América Latina, divulgado por Bernardo KLIKSBERG (2002, p.18), onde a taxa de desemprego na região subiu de 7,2% em 1997, para 8,4% em 1998, e calculou-se 9,5% em 1999. Em pesquisa reali-

zada pelo PNUD (2004), os Sulamericanos mostram-se frustrados com a democracia liberal e argumentaram que cederiam parte da sua liberdade de escolha em favor de um Poder Executivo forte, capaz de implementar direitos sociais. Neste contexto, novos regimes interventores surgiram nos países da América do Sul, caracterizando o que Gina Pompeu e Sarah Viana em artigo do CONPEDI (2009) chamam de neosocialismo na América Latina. Contrário senso os defensores da ordem capitalista argumentam que a pobreza cresce onde os países não se preparam para a nova situação do mundo, senão observa-se Fernando Scaff quando assevera que:

A construção e manutenção de um Estado Democrático de Direito, implica em ações positivas por parte do Estado, o que somente será obtido através de uma correlação entre de quem se arrecada (direito tributário), por quem se distribui o dinheiro arrecadado (orçamento público), visando alcançar uma ordem econômica justa (direito econômico) (SCAFF, 2003, p.8).

Neste sentido, diante das mudanças ocorridas a partir do século XX, em razão das profundas transformações econômicas, políticas e sociais inseridas com o advento da globalização e do neoliberalismo, levaram com que as Constituições assumissem a função de conciliar pólos até então antagônicos como os valores sociais do trabalho, bem como os valores da livre iniciativa. A Lei Maior deve estabelecer a estrutura e limites do Estado, guiados pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ao tempo em que assegura a aplicação imediata dos direitos individuais dos cidadãos, dentre outros como vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança, educação, saúde, moradia, alimentação, trabalho, por meio da exigibilidade judicial, bem como de políticas públicas esteadas no resultado da arrecadação de tributos e na probidade administrativa; isso tudo, sem no entanto, limitar a atuação natural do sistema econômico.

3. CONTORNOS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA DE 1988: IMPLICAÇÕES SOCIOECONÔMICAS

A busca pelo desenvolvimento, impõe uma aliança entre o setor privado e o setor público no tocante ao escopo de suas funções. A relação entre o modelo de Estado mínimo, regulador ou interventor e o sistema econômico liberal ou comunista e o constitucionalismo econômico adotado no Ocidente, apresenta-se no século XX como reflexo dos impulsos em direção à liberdade, igualdade e fraternidade. A conciliação e o concerto entre as classes sociais e setores divergentes da produção econômica foi tentada por meio do constitucionalismo normativo dirigente (HESSE, 1991).

Deste modo, como já comentado em tópico anterior, a Constituição econômica foi inaugurada pela Constituição Federal Mexicana de 1917, e com a Consti-

tuição de Weimar de 1919, fruto da transição histórica do Estado liberal para Estado intervencionista, quando trouxe a previsão formal do espectro econômico em seu texto, os denominados direitos econômicos e sociais.

Neste exercício, a relevância do papel da Constituição econômica formal²⁰³ de modo a institucionalizar as ideologias do mundo capitalista, nota-se que surge imiscuído no desejo de segurança jurídica e da estabilidade de decisões judiciais necessária para viabilizar as transações econômicas.

O constitucionalismo ocidental, ao longo do processo de consolidação do capitalismo, contemplou gradativamente normas capazes de disciplinar as relações entre Estado e demais agentes econômicos, por meio da ordem constitucional econômica. No cenário pátrio, a Constituição de 1934, trouxe a previsão de uma ordem econômica, inaugurando com isso, o processo de constitucionalismo econômico brasileiro. A Constituição brasileira de 1988 é resultado do processo de redemocratização político e social do país, que conduziu a um novo patamar de democracia e desenvolvimento do Estado, refletindo-se na formulação da ordem econômica e social vigente.

Veja-se que o processo de gestão da Constituição econômica de 1988 buscou atender todas as necessidades do corpo social “sem se dar conta que o papel a tudo aceita, mas os fatores reais de poder nem sempre estão de acordo com o que nele se escreve” (SCAFF, 2003, p.14). Ferdinand LASSALE (2001), defende o pressuposto que a verdadeira Constituição tem por essência os fatores reais e efetivos de poder de uma nação, condição para que seja valorizada e duradoura. Ao ser redigida, deve observá-los se em seu texto, de modo que não se torne inócuas folhas de papel assinado. Celso LAFER (1988, p. 130) elucida que é desta “convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de créditos que dependem a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo”.

Por outro lado, a ambiência político-econômica, é observada ao longo da história do constitucionalismo econômico brasileiro como resultado da influência das múltiplas conexões internacionais, fatores políticos, ideológicos e econômicos. A Constituição brasileira de 1988, de início estabelecia uma economia de mercado, com forte conotação nacionalista e com instrumentos para o exercício supletivo de atividade econômica por parte do Estado. “A globalização e a adoção de um modelo neoliberal em vários países foram os passos seguintes para aumentar o coro contra o modelo econômico da Constituição de 1988” (SCAFF, 2003, p. 33).

Destaca-se que entre os vários conflitos de interesse entre o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, o Ministério Público e as instituições sociais, estabeleceu-

²⁰³ Fernando SCAFF (2003, p. 4), “distingue os conceitos de Constituição econômica formal e Constituição econômica material, quando entende que a primeira encerra todas as normas constitucionais que tratam de matéria econômica, estejam ou não incluídas propriamente no capítulo da ordem econômica; sendo que a segunda, material, abrange não apenas as normas constitucionais, mas todas aquelas que concedem a efetiva organização da economia de um Estado”.

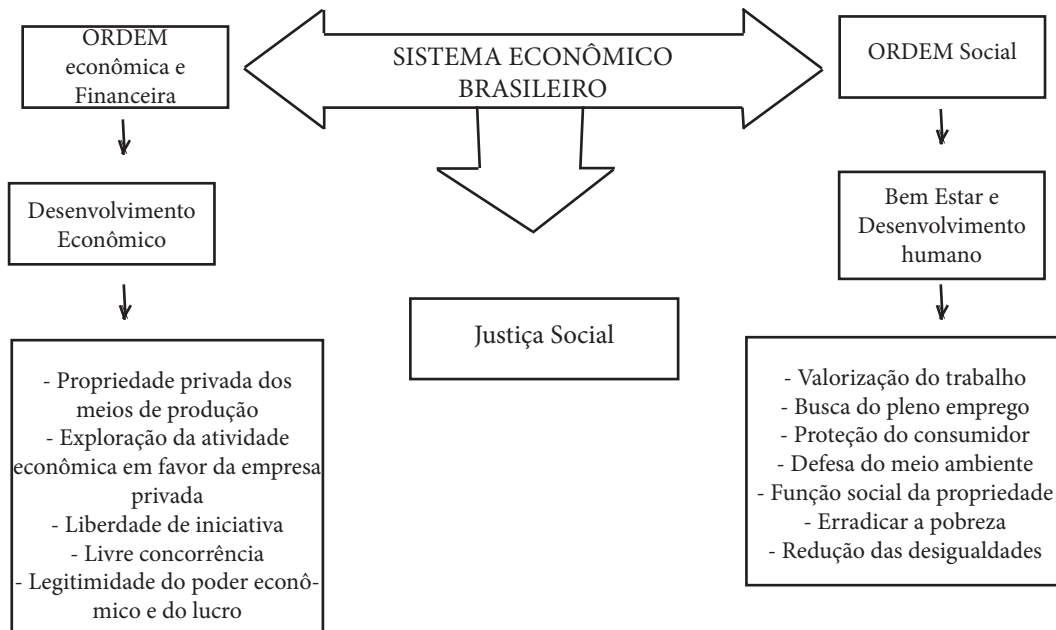
se na Constituição de 1988, os fundamentos da República, os princípios democráticos promotores de justiça social, que são por sua vez, amparados na ordem econômica, na valorização do trabalho e da livre iniciativa.

Assim, a Ordem Constitucional conserva a opção pelo sistema capitalista que deve moldar-se à legislação trabalhista e aos valores sociais do trabalho. Neste tocante, o salário deve ter o condão de assegurar a todos, que o percebem, existência digna. Como bem afirma André Ramos TAVARES (2003) a dignidade da pessoa humana ou a existência digna tem, por alicerce, implicações econômicas, pelo que a liberdade e a igualdade caminham com a dignidade, resguardando-se a todos os agentes sociais as condições materiais mínimas de subsistência.

Este quadro de princípios, está inserido à atividade econômica com respaldo na soberania nacional, na propriedade privada, na função social da propriedade, na livre concorrência, na defesa do consumidor, na defesa do meio ambiente e na redução das desigualdades.

Completa ainda o texto Constitucional, que para a estruturação de um Estado democrático de direito, a República Federativa do Brasil deve buscar construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Eros GRAU (2006, p.313) elucida que “a ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui”. Neste diapasão, a índole da economia brasileira, segundo a Constituição Federal de 1988 e no entendimento de Sérgio FERREIRA (2003), pode ser sintetizado como mostra a Figura.

Figura 1 - Índole da economia brasileira, segundo a Constituição Federal de 1988

Fonte: Elaboração própria a partir da Constituição Federal de 1988

Como se observa, a ordem econômica e social brasileira tem por alicerce a promoção da justiça social²⁰⁴, prerrogativa fundada nos direitos de solidariedade, como tentativa de criar condições mínimas de bem-estar social para todos. Por tais motivos, o constitucionalismo econômico dirigente possui o compromisso ético-social de promover o desenvolvimento nacional, aqui compreendido, não apenas na noção de desenvolvimento econômico com fim em si²⁰⁵, mas sobretudo na abrangência de valores sociais e no desenvolvimento humano que possibilite conforme desta-

²⁰⁴ CANOTILHO (1993, p. 474) “ressalta que o princípio da democracia econômica e social, possibilita em modos gerais a justiça social, e contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativa, executiva), no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planejadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática”.

²⁰⁵ No mesmo sentido, argumenta Antonio José AVELÃS NUNES (2003, p. 110) “que o crescimento econômico não pode ser um fim em si mesmo, antes tem de estar ao serviço de outros objetivos fundamentais (que constituem outras tantas dimensões do progresso social), como a redução da pobreza, a educação das pessoas, a redução das desigualdades, a satisfação das necessidades básicas da grande maioria da população”..

ca Amartya SEN (1999), o desenvolvimento das capacidades básicas fundamentais das pessoas.

Cumpra salientar que o arcabouço jurídico brasileiro de 1988, sofreu mudanças em seu sistema político e ideológico, principalmente durante a década de 90, que influenciaram a dinâmica econômica, política e social brasileira. Sob a justificativa do ajuste estrutural do projeto neoliberal, o poder constituinte reformador estabeleceu mudanças na gerência do Estado, limitando a atuação no cenário econômico e social, privatização de vários setores públicos e abertura da economia nacional para o investimento do capital estrangeiro, bem como inserindo o princípio da eficiência nos serviços públicos e o controle do Judiciário por meio do Conselho Nacional de Justiça. Neste contexto, a Tabela 3, mostra a evolução cronológica das principais alterações no texto constitucional.

Tabela 3 – Emendas constitucionais com impacto econômico

Emenda	Modificações introduzidas
5 – 15.08.1995 Art. 25, parágrafo 2º	Suprimiu a expressão “empresa estatal”, rompendo com o monopólio público.
6 – 15.08.1995 Art. 170, inciso IX	Redação determina que o tratamento fornecido é “para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.
6 – 15.08.1995 Art. 176, parágrafo 1º	A exploração passa a poder ser feita por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, na forma da lei.
6 – 15.08.1995 Art. 171, inciso II parágrafos 1º e 2º	Revogado em sua totalidade.
7 – 15.08.1995 Art. 178, inciso II parágrafos 2º e 3º	Alterado o conjunto do art. 178: A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.
8 – 15.08.1995 Art. 21, inciso XI	Nova redação: Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais
9 – 15.08.1995 Art. 177, parágrafo 1º	Alterou a forma do exercício desse monopólio, nova redação: A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.”

<p>36 – 28.05.2002</p> <p>Art. 222, parágrafos 1º e 2º</p>	<p>Modificou os parágrafos:</p> <p>§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.</p>
<p>40 – 29.05.2003</p> <p>Art. 192</p>	<p>Nova redação: O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.</p> <p>(todas as alíneas e parágrafos foram revogados).</p>

Fonte: Adaptação (ALMEIDA, 2008, pp. 22-23)

As implicações socioeconômicas dessas alterações, podem ser percebidas por meio dos antagônicos índices de desenvolvimento econômico e humano brasileiro. Em 2011 o Brasil apresentou PIB em torno de US\$ 2, 294 trilhões, tornando-se a 7ª maior economia do mundo, ultrapassando o Reino Unido (PNUD, 2013, *on-line*). No entanto, os indicadores sociais brasileiros possuem ínfimos resultados conforme mostra Tabela 4.

Tabela 4 – Indicadores sociais brasileiros – *ranking* mundial

Indicadores	Colocação
IDH (2011)	84º
Expectativa de vida (2010)	92º
Mortalidade Infantil (2011)	106º
Alfabetização (2008)	94º

Fonte: (PNUD – CIA, 2013, *on-line*)

Observa-se que mesmo com a arrecadação extraordinária, o Brasil possui um dos piores indicadores sociais, conforme índices apresentados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e do escritório da CIA. O progresso social brasileiro caminha a passos tímidos, de maneira que as mudanças na Constituição econômica formal de 1995, ainda não trouxeram melhorias significativas para o Desenvolvimento humano do país, de forma a promover justiça e bem-estar social.

Cada uma das constituições federais instaurou uma nova ordem no Estado brasileiro, sofreu influências internacionais e correspondeu aos anseios dos detentores do poder econômico de plantão. Construir uma identidade nacional, formar e incluir a sua população não tem sido meta prioritária. A Constituição Federal de 1988, que introduziu a ordem econômica com o fito de concretizar a ordem social, sucumbe a cada dia diante da ordem financeira (POMPEU, 2012, p. 125)

Neste sentido, os eventos das últimas décadas tem mostrado que, mesmo superadas as crises e aplicado à risca o modelo neoliberal de ajuste, constata-se que esse modelo econômico e social ainda não superou os problemas cíclicos inerentes ao sistema. Sob esse prisma, cabe investigar se as causas da exclusão social decorrem em virtude do sistema econômico adotado (capitalismo ou comunismo) ou por razões inerentes à prática da política que não prioriza políticas inclusivas, mantendo opções patrimonialistas, por vezes nepotistas e clientelistas, que por fim resultam em improbidade administrativa e concentração de riqueza. Oportuno registrar a opinião de Friedrich MÜLLER²⁰⁶ (1998), quem é exatamente o povo nas democracias contemporâneas, às vezes tão festejado, porém por vezes esquecido. O jurista questiona, com propriedade, até que ponto uma sociedade não democrática sustenta um Estado democrático.

CONCLUSÃO

O triunfo do atual sistema econômico mundial ocorreu sobretudo em virtude da expansão do comércio internacional e pelo fortalecimento de potências industriais e financeiras. A união desses fenômenos, na urdidura da economia política, determinou o caráter das leis de produção, distribuição e do consumo de riquezas na sociedade contemporânea, ao passo que, por extensão, possibilitou a acumulação de capital e a conseqüente transformação da organização do trabalho, das relações entre empregadores e empregados, com efeitos sociais profundos até então não observados na história geral do capitalismo.

O fortalecimento do Estado, assim como o intervencionismo governamental aliado a segurança econômica foram desenvolvidos após as propostas estabelecidas na Conferência de Bretton Woods. Assim os modelos de Constituição econômica, outrora adotados pelas Constituições Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919 passaram a servir de modelo ao capitalismo. As Constituições inseriram em seu bojo campo à planificação do espaço econômico e à implementação de políticas públicas capazes de garantir direitos econômicos e sociais destinados aos

²⁰⁶ Friedrich Müller, autor contemporâneo que, com lucidez, trata dos problemas do sistema democrático.

cidadãos do pós Segunda Guerra. Neste contexto, verifica-se que, a pensar de muitas vezes antagônicas, a ordem social, a ordem econômica e a ordem financeira desfilam par e passo no constitucionalismo contemporâneo na contínua busca de conciliação em favor da efetivação do Estado Social.

Deste modo, o legislador de 1988 decidiu estabelecer uma ordem econômica e social comprometida com o ideal de justiça social e de promoção da dignidade da pessoa humana. Observa-se no texto adversidade existente entre alguns princípios jurídicos com face ora intervencionista, ora liberal, que não foram capazes de amenizar os problemas sistêmicos do desenvolvimento econômico e humano brasileiro. Cumpre ressaltar o escopo político de promover plenamente as capacidades dos cidadãos e não apenas de um segmento.

Vale lembrar que diante da insuficiência das ações públicas promovidas pelo Executivo, bem como, com respaldo no texto constitucional normativo dirigente, muitos são os cidadãos que buscam efetivar direitos por intermédio de ordem judicial, o que caracteriza hodiernamente a judicialização da política e a desequilíbrio entre as funções típicas do Estado.

Diante dessa constatação resta a dúvida sobre a permanência e defesa, ou não, do princípio da harmonia e independência entre os poderes do Estado. Sob esse enfoque, pergunta-se qual é o grau de tolerância e paciência democrática exigida à população que no Século XXI, ainda carece de direitos sociais inerentes à dignidade e existência. Exemplifica-se a inserção do direito à alimentação por meio da Emenda Constitucional nº 64/2010 como tentativa de combate aos fatores reais de poder que impossibilitam a concretização de tão básico direito.

Pontua-se que a frustração com a República brasileira, e com seus servidores que ignoram o interesse público coletivo, levou às ruas milhões de manifestantes em todo o Brasil nos meses de junho e julho de 2013. Eles requerem o ajuste necessário à concretização dos direitos sociais. Discursos políticos partidários não mais encantam, nem tão pouco a política do pão e circo.

Exige-se que o Brasil legal concilie-se com o Brasil real, por meio de decisões políticas inclusivas, sem espaço para o abuso do arbítrio dos administradores públicos nas diversas esferas da federação. Requer-se que os instrumentos orçamentários, plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual traduzam em destinação orçamentária recursos correspondentes às carências da população e não apenas camuflam artifícios para a manutenção do poder de mando.

Nessa vertente, diante de todo o exposto na retrospectiva histórica, constitucional e econômica no âmbito local e internacional, o artigo reverbera a favor da necessária conciliação entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano para que o Brasil possa assumir material e eticamente a sua definição constitucional: República Federativa Democrática de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia política do baixo crescimento: um prometeu acorrentado pela Constituição. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 45, nº 179, pp. 9-24, jul/set, 2008.
- AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. In *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.
- CAMPOS, Roberto; FERNANDEZ, Oscar L. Economia, Estado, Modernidade. *Revista USP*, São Paulo, n. 17, pp. 62-72, mar./abr./mai.1993.
- CANOTILHO, José. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 3, São Paulo: Paz e terra, 1999.
- CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Liberalismo e ordem global*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- CIA. Central Intelligence Agency. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>. Acessado em: 04.06.2013.
- COUTO, Hugo Rangel. *La teoria economica y el derecho*. México: Porrúa, 1979.
- CRAFTS, Nicholas; TONIOLO, Gianni. *Economic growth in Europe since 1945*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLER, Patrick. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- FERREIRA, Sérgio. Direito da regulamentação econômica: a experiência brasileira. In: *Globalização e direito. Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.
- FIORI, José Luís. *Estado, moedas e desenvolvimento*. In: FIORI, José Luís. *Estados e moedas e desenvolvimento das nações*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FORSTATER, Mathew. *Livro das grandes ideias: economia*. São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.

- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril Cultura, 1984.
- GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HAYEK, Friedrich August Von. *O Caminho da Servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- KLIKSBERG, Bernardo. *América Latina: uma região de risco, pobreza, desigualdade e institucionalidade social*. Brasília: UNESCO, 2002. Disponível em: <http://bib.praxis.ufsc.br:8080/xmlui/bitstream/handle/praxis/485/america%20latina%20em%20risco.pdf?sequence=1>. Acessado em: 04.06.2013.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MATTOS, Fernando Augusto Mansor de. A reconstrução europeia do pós-II guerra e a nova ordem econômica internacional. *Cadernos da FACECA*, Campinas, v. 10, n. 1, pp. 90-103, jan/jun. 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira [et al.]. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOFFITT, Michael. *O dinheiro do mundo: de Bretton Woods à beira da insolvência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- MÜLLER, Fridrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- NAÍM, Moisés. Washington consensus or Washington confusion?. *Foreign Policy*, nº 118, pp. 86-103, 2000.
- PEREIRA, João Márcio Mendes. *O banco mundial como ator político, intelectual e financeiro: 1944-2008*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: *Relatório de Desenvolvimento Humano 2013*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>. Acessado em: 04.06.2013.

_____. *La democracia em América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos* 2004. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PNUD-seminario.pdf>. Acessado em: 03.09.2013.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; VIANA, Sarah Araújo. Do liberalismo global ao neossocialismo na América Latina: um estudo de caso da República Bolivariana da Venezuela. Disponível em: www.conpedi.org.br/anais_saopaulo.html. Acessado em: 04.09.2013.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. O crescimento econômico e desenvolvimento humano: entre a soberanias do Estado e a proteção internacional dos Direitos do homem. *Pensar*, Fortaleza, v.17, n.1, pp. 115-137, jan/jun.2012.

SCAFF, Fernando. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos. *Boletim de ciências econômicas XVI*. Coimbra: Julho de 2003.

SCHIMITT, Carl. *O Guardiã da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

WILLIAMSON, Jonh. Reformas políticas na América Latina na década de 80. *Revista de economia política*. v. 12, nº1, pp. 43-49, jan-mar, 1992.

OS ENTRAVES PARA O DESENVOLVIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA*The hindrances for development company's social function***ÉRICA GUERRA DA SILVA**

Doutoranda em Direito. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial. Membro do Comitê Brasileiro na Câmara de Comércio Internacional (Comissão de Arbitragem). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professora Convidada da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Autora de Livros e artigos jurídicos. E-mail: erica-guerra@ig.com.br.

RECEBIDO EM: 04.08.2013

APROVADO EM: 21.08.2013

RESUMO

Este estudo tem por objetivo demonstrar que o empresário através da observância da obrigação constitucional permite que o Estado realize justiça social. Para alcançar esse propósito, buscou-se fundamento teórico na Constituição da República e legislação nacional. Os principais resultados indicam que as legislações comerciais evoluíram para exigir as empresas à observância da sua função social, sendo certo que o ordenamento jurídico brasileiro precisa reformar suas leis tributárias para que a sonegação fiscal não se torne uma potente força danosa ao desenvolvimento e a justiça social. Ao final, apresentam-se sugestões tendo em vista as legislações existentes, de formas de observância da função social pelas empresas.

PALAVRAS-CHAVE: ATIVIDADE EMPRESÁRIA. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DESENVOLVIMENTO E A JUSTIÇA SOCIAL.

ABSTRACT

The aim of this work is to demonstrate the enterpriser observation of that constitutional obligation, the enterpriser allows the State to accomplish social justice. To reach that purpose, theoretical basis was seeked in the Republic Constitution

and in the national legislation. The main results indicate that commercial laws evolved to demand companies to fulfil their social function, and it is certain that Brazilian taxation laws must be reformulated so that fiscal sonagation does not become a potentious damaging sthrength against development and social justice. At the end, there are suggestions of ways for companies to fulfil their social function, taking into consideration the existing laws.

KEY WORDS: ENTERPRISE ACTIVITY. COMPANY'S SOCIAL FUNCTION. DEVELOPMENT AND SOCIAL JUSTICE.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Função social da propriedade e das empresas. 2. A empresa e os trabalhadores: a desregulamentação do direito do trabalho. 3. A empresa e os consumidores: a busca pelo consumo sustentável. 4. A empresa e o meio ambiente: o investimento na educação ambiental. 5. A empresa e a comunidade: a publicidade das ações sociais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é mostrar que as empresas são importantes agentes de promoção do desenvolvimento econômico de um país, assim como de seu avanço tecnológico. Estas possuem grande capacidade criadora, de geração de recursos, empregos e tributos, num contexto em que o bem-estar comum depende cada vez mais de uma ação cooperativa e integrada de todos os setores da sociedade. Uma vez no exercício de atividade economicamente organizada, a atividade empresarial adquire relevância no ordenamento jurídico brasileiro, eis que o desenvolvimento desta atividade deve obedecer aos ditames da função social da empresa.

Sob o enfoque da função social da empresa examina-se a relação da empresa com seus trabalhadores, consumidores, meio ambiente e comunidade. Destacando a responsabilidade social que se refere à ética como principal balizadora das ações e das relações com os diversos segmentos com os quais as empresas interagem. A responsabilidade social empresarial diz respeito à postura legal da empresa e o apoio dado à sociedade, significando, dessa forma, uma mudança de atitude voltada para uma perspectiva de gestão empresarial com foco na qualidade dessas relações e na geração do bem-estar de todos.

Desta feita, dada à ideia de que as empresas adquirem o respeito das pessoas por desenvolverem suas atividades um comportamento ético e socialmente responsável, formula-se os seguintes problemas específicos de pesquisa, que se buscará responder no desenvolvimento da investigação: quais as reformas necessárias para reduzir os custos administrativos e estimular a atividade econômica? Como se dá

a cooperação da empresa com o Estado, assumindo sua responsabilidade social de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e próspera?

O Constituinte encarregou diferentes atores pelas transformações da sociedade na direção estabelecida no texto constitucional, sendo certo que além da cooperação da empresa, Estado e comunidade também devem agir para o desenvolvimento e a justiça social.

Para tanto, este trabalho apresenta-se da seguinte forma: no item 1 estuda-se a evolução o conceito de propriedade e a evolução da economia mundial integrando mercados e derrubando barreiras comerciais, a empresa passou a ser observada segundo enfoque social, passando-se a exigir a observância da função social da empresa. No item 2 examina-se sob o enfoque da função social da empresa a relação da empresa com seus trabalhadores e a desregulamentação do Direito do Trabalho. Já no item 3 estuda-se a relação da empresa com seus consumidores e a busca pelo consumo sustentável. No item 4 analisa-se a relação da empresa com o meio ambiente o investimento na educação ambiental e, no último item, estuda-se a relação da empresa com a comunidade, destacando a responsabilidade social que se refere à ética como principal balizadora das ações e das relações com os diversos segmentos com os quais as empresas interagem.

1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DAS EMPRESAS

O conceito de propriedade acompanhou as mudanças ideológicas do Estado²⁰⁷, sendo, hoje, a visão de proprietário como ser social que tem o dever individual de empregá-la na produção de uma riqueza social, se quiser desfrutar da tutela estatal que protege a posse e o domínio que exerce sobre ela. Deixou-se de lado a visão egocêntrica de propriedade para uma participação direta do proprietário, através do comprometimento consigo próprio e também com o desenvolvimento da sociedade, para que ocorra a satisfação das necessidades materiais de todas as pessoas.

Apesar de 1969 a carta constitucional fazer referência à função social da

²⁰⁷ “A queda da Bolsa De Nova York em 1929 e a Grande Depressão dos anos 30 foram determinantes para a adoção pelos governos das principais economias capitalistas e de economias periféricas, de políticas e programas intervencionistas voltados para a sua proteção e expansão. Ambiente em que a ortodoxia Keynesiana ganha força, une políticos e economistas e passa a exercer grande influência em todo o mundo. Na política, contrapondo-se ao socialismo real e ao fascismo, programas de diversos governos de países desenvolvidos são contagiados pelos ideais da social democracia e do “estado do bem-estar social”, o “Welfare-state”. Um dos mais notáveis defensores dessa “ideologia” foi o economista suéco Gunnar Myrdal, com o argumento de que o objetivo não era simplesmente reduzir desigualdades e distribuir renda, mas que se tratava de questão fundamental para o desenvolvimento econômico.” (FERREIRA, Mauro Santos. *Desenvolver é preciso*. In Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013, pp. 20-38).

propriedade coube a Constituição Federal de 1988 assumir uma postura ostensivamente social, no que concerne ao uso da propriedade. A partir de então, inaugura-se uma fase que se relativiza a garantia de que dispõe o proprietário sobre a sua propriedade.

A Carta Constitucional vigente manteve as cláusulas já anteriormente consagradas, tanto no rol dos direitos e garantias individuais, art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXIX, XXV, XXVI, como no título destinado à disciplina da ordem econômica e financeira, art. 170, II e III.²⁰⁸

A fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, converte-se em centro unificador das relações econômicas e privadas, do ordenamento civil.²⁰⁹

A função social da propriedade está inserida na ideia exercício do direito da propriedade, em prol dos interesses de todos e não só para si. Na verdade, a função social da propriedade é uma forma de conjugar fruição individual do bem e o atendimento da sua função social visando que o titular da propriedade não abuse do seu direito.

A função social da propriedade tem previsão legal na Constituição Fede-

²⁰⁸ 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: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2004. p. 97.

ral²¹⁰, no novo Código Civil²¹¹ e em leis esparsas.²¹²

Verifica-se que o legislador está atento à unidade que deve existir no Ordenamento Jurídico, que garante a certeza e a segurança no campo jurídico. Como ensinava Norberto Bobbio, ao explicar a Teoria do Ordenamento Jurídico:

A certeza e a segurança no campo jurídico reclamam um ordenamento jurídico baseado em três caracteres fundamentais: a unidade (o direito como um sistema unitário de normas); a coerência (negar que nele possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si) e a completude (ordenamento jurídico é completo, significa, pois, negar a existência de lacunas na lei).²¹³

No século XX, a ideia de massificação nas operações econômicas, especificamente, nos contratos através dos contratos de adesão, tornando as relações obrigacionais mais vulneráveis, alteraram o objeto da garantia constitucional da propriedade.

Evoluiu-se para conceituar a propriedade em industrial, intelectual e de empresa, em que a propriedade recai sobre bens produtivos, ou seja, nos bens utilizados para o desenvolvimento do objeto social da empresa.

Levando-se em consideração esta concepção de propriedade mais ampla que podemos falar em função social da empresa, que estabelece o poder-dever do proprietário dar uma destinação para a atividade empresarial compatível com o interesse da social.

²¹⁰ Art. 5º - *omissis*. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; Art. 170 – *omissis*. III - função social da propriedade.

²¹¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

²¹² Lei 6.404/76, Art. 116: *omissis*. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. Lei 11.101/05 – Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

²¹³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. pp. 197-210.

O interesse social quer significar o empenho da empresa como incentivadora de empregos, da circulação de riquezas e serviços e arrecadadora de tributos, meios pelo os quais dá destinação social dos bens que lhe pertencem.

Ao buscar contribuir para que todos tenham uma vida digna para todos, a empresa apenas coopera com o Estado a quem cabe toda política social. Nesse sentido, Fabio Konder Comparato aduz:

A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

Complementa:

[...] a Constituição brasileira é explícita ao ligar ao direito de propriedade um dever fundamental de atendimento às necessidades sociais, tal não significa que, em todas as demais situações de propriedade não se deva atender à função social do instituto. O que ocorre é que esse dever decorre, por assim dizer, da própria natureza do bem, de sua destinação normal. É por essa razão, a meu ver, que a chamada “propriedade de empresa” não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros. Constitui, aliás, uma aberrante falácia do discurso neoliberal sustentar que o Estado fica dispensado, doravante, de cumprir seus deveres próprios de prestar serviços de natureza social – notadamente educação, saúde, previdência e moradia popular – porque tais serviços podem e devem ser prestados pelas empresas privadas.²¹⁴

Os direitos fundamentais devem ser objeto de uma política pública destinada a atender aos objetivos fundamentais declarados na Carta Constitucional de 1988 através de mecanismo que permitam a realização da justiça social.

A Constituição ao exigir como finalidade da ordem econômica “assegurar a todos existência digna”, fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, confere unidade não apenas aos direitos fundamen-

²¹⁴ <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.html>.

tais, mas também à organização econômica que deve ter como foco de suas atitudes o respeito aos padrões universais de direitos humanos, de cidadania e de participação na sociedade.

A empresa deve cooperar para que o Estado cumpra com os seus deveres fundamentais através de medidas internas e externas que garantam a produção de lucros, finalidade precípua da atividade econômica organizada, e o convívio adequado com empregados, os fornecedores, os consumidores, a sociedade e o meio ambiente.

Ademais, a empresa que atende a sua função social, arrecadando corretamente seus tributos, contribui para o financiamento do Estado possa atender aos objetivos da República de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Todavia, os empresários, através da Confederação Nacional do Comércio, por exemplo, há muitos anos pleiteiam uma reforma tributária que permita a redução da carga tributária e a simplificação do sistema de tributação, para que possa reduzir os custos administrativos e estimular a atividade econômica.

Antônio Oliveira Santos, explica:

Partindo do princípio de que uma carga tributária por demais elevada resulta em perda potencial de produção, segue-se que seria altamente recomendável utilizar um modelo numérico para identificar qual o nível de taxação que permitiria alcançar o maior crescimento possível.

Nos últimos dez anos, a carga tributária do Brasil subiu de 25% para 37% do PIB, caminhando para 40%, estimulando o contrabando, a sonegação, a evasão e o comércio clandestino, ou seja, tornando cada vez mais difícil o trabalho da indústria e do comércio legal, diante da concorrência desagregadora. A economia brasileira está ameaçada por uma crise de múltiplas conseqüências, como a baixa competitividade, a retração dos negócios, o desemprego, a corrupção e a violência, problemas todos eles derivados, principalmente, da insuportável carga tributária que entorpece as atividades econômicas.²¹⁵

Essa tributação gera dois tipos de problemas. Por um lado, por ser muito elevada, acaba por tirar excessivos recursos do setor privado (empresas e famílias), reduzindo, dessa forma, o investimento. Por outro lado, pelo fato de estar assentada em tributos de má qualidade, em particular por seu caráter cumulativo, acaba por distorções alocativas e limitadas a capacidade competitiva do setor privado.²¹⁶

As leis tributárias nacionais precisam de um ajuste para que o empresário

²¹⁵ SANTOS, Antônio Oliveira. *O Caminho das Pedras*. Rio de Janeiro, 2003. Ed. Confederação Nacional do Comércio, pp. 47-52.

²¹⁶ ROCCA, Carlo Antônio (org.). *Mercados de Capitais, agenda de reformas e ajuste fiscal*. Elsevier; São Paulo: IBMEC, 2007, pp. 150-151.

e a sociedade empresária cumprindo com uma obrigação que lhe é imposta pela Constituição possa dar condições do Estado cumprir com os objetivos do Estado Democrático de Direito, ou seja, garantir a superação das desigualdades sociais e realizar a justiça social.

2. A EMPRESA E OS TRABALHADORES: A DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

No início do Século XX, o homem era valorizado por aquilo que ele fazia, por aquilo que produzia, pelo retorno econômico que a força de seu trabalho proporcionava ao seu empregador.

Posteriormente, a partir da segunda metade do Século XX, o homem passou a ser enfocado por um prisma diferenciado, não como mero fator de produção²¹⁷, mas como ser humano que necessita receber mais do que uma remuneração ao final de cada mês.

Passou-se a ser exigido da atividade empresarial que participe da justiça social garantindo aos seus empregados direitos tidos pela doutrina como de segunda dimensão (liberdades sociais), que decorreram de movimentos reivindicatórios por causa da industrialização.

Ingo Wolfgang Sarlet explica:

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.²¹⁸

Hodiernamente, discute-se a desregulamentação do Direito do Trabalho,

²¹⁷ Conforme tratou Ana Paula Teixeira Delgado (*apud* KOSKIRISTER, Carla Abranto. *Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 64): “questão atinente à titularidade do direito ao desenvolvimento, sustentando que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) atribuiu especial significado ao referido direito, tendo o proclamado como um “direito humano inalienável”, o que teria feito com que a pessoa humana deixasse de ser vista como mero fator de produção e passasse a ocupar uma oposição central no processo de desenvolvimento, conforme o seu art. 2º: 1. A pessoa humana é sujeito central de desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.”

²¹⁸ SARLET, Ingo, Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 53.

que visa buscar mecanismos para solução dos conflitos de interesses entre empregado(s) e empregador(es) diminuindo a política intervencionista do Estado.

Explica Georgenor De Souza Franco Filho:

O papel do Estado interventor há que ser revisto. Tanto é preciso flexibilizar a legislação, conservando-se apenas o mínimo de proteção do trabalhador, como é preciso incentivar a negociação entre patrões e empregados, sobretudo a nível de empresa, quando as peculiaridades de cada atividade pode ser melhor dimensionada. A reeducação do trabalhador, a fim de que possa se adaptar ao novo mercado de trabalho e enfrentar os avanços tecnológicos, igualmente é necessária. É preciso que os serviços de emprego, público e particulares, cooperem entre si, inclusive com programas de reconversão profissional para reciclar trabalhadores. Torna-se imperiosa a adoção do trabalho flexível, inclusive com a ratificação da Convenção n. 175, da OIT. São meios para evitar o desemprego.²¹⁹

O desemprego é, atualmente, um sério problema a ser enfrentado pela humanidade na área social, pois gera pobreza que “constitui um perigo para a prosperidade de todos.”²²⁰

As mudanças ocorridas nas relações de trabalho decorrentes globalização e automação estão presentes no mundo contemporâneo e precisam ser analisados com sobriedade.

Os movimentos de integração seja a regionalização (aproximação de países com características econômicas e sociais assemelhadas) ou a globalização (fruto do crescimento das empresas multinacionais e das mudanças econômicas) impulsionaram a discussão para uma nova regulamentação das relações de trabalho por afetarem a competitividade dos mercados.

A automação é o resultado da adoção de novas tecnologias que nos últimos anos têm promovido modificações demasiadamente profundas nos meios de produção.²²¹

²¹⁹ FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Globalização & desemprego: mudanças nas relações de trabalho*. São Paulo. LTr, 1998. p. 131-132.

²²⁰ OIT. *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra, OIT, mai. 1988. p. 24.

²²¹ Amartya Sen expõe sobre a ameaça as culturas nativas no mundo globalizante de hoje (*apud* KOSKIRISTER, Carla Abranto. *Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. P. 76): “(...) No contendo das disparidades econômicas, a resposta apropriada teria de incluir esforços conjuntos para tornar a forma da globalização menos destrutiva para o emprego e o modo de vida tradicional e para ocasionar uma transição gradual, sendo preciso que haja também oportunidades para um novo preparo profissional e a aquisição de novas qualificações (para as pessoas que, de outro modo, seriam alijadas do mercado de trabalho), juntamente com a provisão de redes de segu-

Diante de todos esses fatores a modificação da legislação trabalhista se impõe. É preciso que seja alterada para que o Estado se afaste, tanto quanto possível, das relações entre trabalhadores e empregadores.

Flexibilizar importa em promover alterações nas normas existentes, “reduzindo a influência do Estado, diminuindo o custo social da mão-de-obra, permitindo o abrandamento de certas regras que não ofendem a dignidade do ser humano, mas preservando um *Standard minimum* indispensável”²²², em face de evidente distância que existe entre empregadores e trabalhadores.

3. A EMPRESA E OS CONSUMIDORES: A BUSCA PELO CONSUMO SUSTENTÁVEL

Os consumidores estão mais conscientes que o consumo de produtos e serviços representa uma atividade predatória dos recursos naturais, por isso, as empresas têm sido submetidas a um rigoroso controle exercido por grupos sociais e consumidores que estão exigindo das empresas à satisfação não somente aos consumidores, mas à sociedade como um todo.

Hodiernamente, fala-se em consumo sustentável, o que aduz José Geraldo Brito Filomeno:

Declarado pela Resolução ONU nº 153/1995, o chamado *consumo sustentável* exsurge como nova preocupação da ciência consumerista.

Com efeito, o próprio consumo de produtos e serviços, em grande parte, pode e deve ser considerado como *atividade predatória dos recursos naturais*.

E, como se sabe, enquanto as necessidades do ser humano, sobretudo quando alimentado pelos meios de comunicação em massa e pelos processos de *marketing*, são *infinitos*, os recursos naturais são *finitos*, sobretudo quando não renováveis.

A nova vertente, pois, do consumerismo, visa exatamente a buscar o necessário equilíbrio entre essas duas realidades, a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em consequência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta.²²³

rança social (na forma de seguridade social e outras disposições de apoio) para aqueles que têm seus interesses prejudicados – ao menos no curto prazo – pelas mudanças globalizantes. Assim, a equidade de oportunidades culturais e econômicas teria imensa importância em um mundo globalizado. Esse seja um desafio conjunto para o mundo econômico e o mundo cultural.

²²² CALDEIRA, Rafael. Discurso: Anais do XI Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Caracas, 1985, v. 1. p. 152.

²²³ GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 20.

Analisada sob a dimensão externa a função social das empresas se pode afirmar, em relação aos consumidores, que são empresas socialmente responsáveis àquelas que colaboram com seus consumidores na medida em que diminuem custos, aumentam a qualidade e segurança dos produtos ou serviços e são éticos em suas transações.

Dentre as condutas praticadas pelas empresas que são repudiadas pelos consumidores podemos descrever: a manipulação da distribuição reduzindo a oferta de produtos ao mercado para forçar a elevação de preços; a utilização técnicas de embalagem que fazem os consumidores acreditar que estão adquirindo uma quantidade maior do que a real ou que fazem promessa exageradas a respeito do desempenho de um produto ou serviço, dentre outras.

A função social da empresa deve estar inserida na sua própria estrutura permitindo-lhe mais eficaz sobrevivência, sem se afastar do seu fim lucrativo, pois o consumidor moderno combina a ética social com o ato de comprar exigindo dos empresários atitudes em prol da sociedade.

4. A EMPRESA E O MEIO AMBIENTE: O INVESTIMENTO NA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

O investimento em processos produtivos compatíveis com a preservação ambiental, e a preocupação com o uso racional dos recursos naturais, tem importante valor por serem de interesse da empresa e da coletividade.

O aumento da conscientização pela proteção do meio ambiente decorre da percepção do ritmo acelerado com que homem esta consumindo os recursos naturais da terra, pode ser destacada como um dos fatores responsáveis por uma cultura de responsabilidade social os projetos que as empresas vêm implantando através de desenvolvimentos ambientalmente sustentáveis visando não comprometer o ecossistema no processo de expansão industrial e econômica.

O aquecimento global, segundo alguns dos principais cientistas do mundo, é um dos maiores problemas da humanidade neste século. Eles alertam que boa parte do aquecimento dos últimos 50 anos se deve às atividades humanas, principalmente em razão da emissão descontrolada de gases como o dióxido de carbono e o CFC na atmosfera terrestre (efeito estufa).²²⁴

É preciso perceber que o meio ambiente como direito de todos, que gera para o dever de preservá-lo e a consciência que nossas atitudes atuais para com o meio ambiente definirão o cenário para as gerações futuras. É preciso investimento na Educação Ambiental.²²⁵

²²⁴ SIL, Fernando. Planeta Condenado?. *Jornal da Estácio*. Rio de Janeiro. Fevereiro 2007. Ano III. Nº 30. p. 13.

²²⁵ Educação Ambiental é um conjunto de ensinamentos teóricos e práticos com o objetivo de levar à compreensão e de despertar a percepção do indivíduo sobre a importância de ações e atitudes que visem a conservação e a preservação do meio ambiente, em benefício da saúde

A ideia de sustentabilidade foi desenvolvida no âmbito das Nações Unidas em 1987, pela *World Commission on Environment and Development*, conhecida como *Brundtland Commission*. Segundo essa Comissão, seria necessário que os países propusessem estratégias de longo prazo para atingirem o desenvolvimento sustentável.²²⁶

Não se pode mais vislumbrar as palavras “desenvolvimento” e “sustentável” como incompatíveis ou contraditórias em relação à evolução humana e a preservação do meio ambiente. É preciso que sustentável seja entendido como substantivo de desenvolvimento para garantir medidas que visem minimizar o consumo de recursos não renováveis; a diminuição de desperdício; a reciclagem; o uso alternativo de refugos de produção; a redução do gasto energético e a procura de insumos alternativos, permitindo que haja desenvolvimento econômico, com a restrição que seja sustentável.

Robert Solow, Prêmio Nobel em Economia defende:

A noção de sustentabilidade ou de crescimento sustentável infiltrou-se, nos últimos anos, nas discussões sobre políticas de longo prazo. A noção de sustentabilidade nos impõe obrigações para o futuro, cria uma obrigação moral para com as futuras gerações. É impraticável e mesmo indesejável que “cada geração deva deixar os recursos de água, ar e solo tão puros e despoluídos como no começo do mundo” ou que “cada geração deva deixar intactas todas as espécies de animais que encontrou existindo no planeta”. Isso poderia paralisar as atividades econômicas. A nossa obrigação é de nos conduzirmos a fim de deixar para o futuro a opção ou a capacidade de estar tão bem como nós estamos. Ou seja, a sustentabilidade não deve ter como consequência (via paralisação das atividades) um empobrecimento material das gerações futuras.²²⁷

Visando contribuir para o desenvolvimento de forma sustentável, nasceu o Projeto CTA-SINDECON, *consultants, traders and advisors* - geradores de negócios socioambientais nos mercados de commodities no Brasil, “com o objetivo de colaborar na promoção e desenvolvimento de mercados acionários, moedas e taxas, foi o pioneiro na conceituação e difusão da importância do desenvolvimento das “commodities ambientais.”²²⁸

e do bem-estar de todos. TEIXEIRA, Antônio Carlos *et. al.*. *A questão ambiental: desenvolvimento e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2004. p. 05.

²²⁶ *Idem*, p. 138.

²²⁷ SOLOW, Robert N. *Economics of the Environment: Selected Readings*. *apud* TEIXEIRA, Antônio Carlos *et. al.*. *A questão ambiental: desenvolvimento e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2004. p. 148.

²²⁸ As “commodities ambientais” são mercadorias originadas de recursos naturais padroni-

Segundo o Projeto CTA para impedir a extração ilegal e o desmatamento desenfreado, seria necessária a criação de um centro de comercialização internacional especializado para estas commodities, não governamental, sem fins lucrativos, cujos recursos oriundos dos negócios fossem revertidos em investimentos de pesquisa, certificação, classificação de produtos, marketing, educação e treinamentos agro-ambientais.

As *commodities* ambientais, que representam um avanço na conscientização do empresariado para o desenvolvimento de forma sustentável devem contribuir para o desenvolvimento econômico proporcionando aos seus participantes informações que permitam despertar a importância do país não se tornar apenas fornecedor de matéria-prima.

Verifica-se que medidas têm sido tomadas para difundir a sustentabilidade do meio ambiente como essencial para manutenção da Teia da Vida. Quanto às empresas ser socialmente responsável não significa respeitar e cumprir devidamente as obrigações legais, mas sim o fato das empresas, através dos trabalhadores e de todos seus interlocutores, irem além de suas obrigações em relação aos seus empregados, ao meio ambiente e a comunidade, por perceber que o bem-estar destes reflete na sua permanência no mercado.

5. A EMPRESA E A COMUNIDADE: A PUBLICIDADE DAS AÇÕES SOCIAIS

Quando analisamos a atuação da empresa junto à comunidade deve-se ter atenção na forma como as empresas se relacionam com a comunidade a sua volta, não simplesmente respeitando-a, mas atuando de forma ativa para ajudá-la. É uma nova consciência do contexto social e cultural no qual se inserem as empresas, a chamada responsabilidade social.

O conceito de Responsabilidade Social Empresarial é novo e ainda não foi uniformizado em nível mundial. Ele se fortalece a partir da constatação de que as empresas têm um papel essencial a cumprir, juntamente com os governos e a sociedade civil, na solução das imensas desigualdades.

Foi na década de 90, que no Brasil o movimento de valorização da responsabilidade social empresarial ganhou impulso através da ação de entidades não governamentais, institutos de pesquisa e empresas sensibilizadas para a questão.

A publicidade das ações sociais desenvolvidas pelas empresas já foi objeto de projetos de leis apresentados ao Congresso Nacional por deputados e senadores. Em 1991, o Senador Waldir Campelo apresentou proposta que não foi aceita. As deputadas Maria da Conceição Tavares, Marta Suplicy e Sandra Sterling, apresentaram novo projeto em 1997, que também não foi aprovado. O deputado Paulo Rocha, em

zadas para compra e venda: água, energia, madeira, biodiversidade, reciclagem, emissão de poluentes e minério, ou seja, matérias-primas vitais para a sobrevivência da agricultura e da indústria no Brasil e no mundo. <http://www.ambientebrasil.com.br/gestao/commodities.html>

1999, reapresentou o projeto das deputadas, com obrigatoriedade de apresentação do balanço Social e características do projeto IBase do Betinho. Recentemente, o deputado Bispo Rodrigues apresentou novo projeto, sob nº 1305/2003, para regulamentação da responsabilidade social das sociedades empresárias. Esse projeto difere dos anteriormente apresentados, pois não se baseia em critério quantitativo (número de empregados), mas no critério qualitativo (empresário e sociedade empresária).

O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, responsável pela certificação das empresas socialmente responsáveis, “é uma organização não governamental criada com a missão de mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade sustentável e justa.”²²⁹

Outro certificado importante é o concedido pela Dow Jones, o Índice Dow Jones Mundial de Sustentabilidade (DJSI), criado em 1999, é o mais importante índice internacional de sustentabilidade, usado como parâmetro para análise dos investidores sócio e ambientalmente responsáveis.²³⁰

No mercado de capitais a Bovespa tem dado um bom exemplo de como as empresas podem através de praticas éticas gerar “lucro social”, isto é, melhores perspectivas e oportunidades sociais para a população e conseqüente fortalecimento do país no cenário global:

A Bovespa foi à primeira bolsa de valores do mundo a aderir ao Global Compact (Pacto Global), iniciativa da ONU que defende a atuação do segmento corporativo para o fomento do desenvolvimento econômico sustentável, a inclusão social e a redução da pobreza. Este comprometimento pode ser observado através de sua atuante participação no Pacto Global,

²²⁹ <http://www.ethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3334&Alias=Ethos&Lang=pt-BR>

²³⁰ A partir de 2006, a Petrobrás foi reconhecida como uma das 11 companhias mundiais de petróleo e gás e uma das seis empresas brasileiras mais sustentáveis. O DJSI avalia os desempenhos econômico, ambiental e social de mais de 2.500 empresas em 58 setores, em todo o mundo, considerando respostas a um questionário com 109 perguntas e análises das notícias sobre as companhias na mídia. De acordo com os critérios de avaliação do DJSI, a Petrobras se destacou em relacionamento com clientes, gestão da marca, desempenho ambiental, desenvolvimento de recursos humanos e cidadania corporativa. Em um máximo de 100 pontos, a Petrobras pontuou 71, 70 e 83 nas dimensões econômica, ambiental e social, nesta incluídas as questões de segurança e saúde ocupacional. No total a pontuação da Petrobras foi de 74. A empresa mais bem pontuada no índice ficou com 77 pontos e a mais baixa com 68. A média do setor de petróleo e gás foi de 50 pontos. A entrada da Petrobras no índice DJSI é um reconhecimento do empenho da Companhia, nos últimos anos, no desempenho ambiental, em transparência e em governança corporativa. O ingresso no índice abre um mercado potencial de investidores em empresas social e ambientalmente responsáveis – um mercado de mais de US\$ 4 trilhões, segundo dados da Organização das Nações Unidas, e mais de US\$ 5 bilhões de investimentos baseados em empresas pertencentes aos índices DJSI.” http://www2.petrobras.com.br/ResponsabilidadeSocial/portugues/social/08_09_2006.asp.

como também através de vários programas inéditos, a exemplo da Bolsa de Valores Sociais (BVS), projeto de captação de recursos para 30 ONGs brasileiras que atuam na área educacional.²³¹

Assim, pode-se afirmar que a empresa é socialmente responsável quando vai além da obrigação de respeitar as leis, pagar impostos e observar as condições adequadas de segurança e saúde para os trabalhadores, e faz isso por acreditar que assim será uma empresa melhor e estará contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa.

O Brasil deve se orgulhar de todas as medidas já tomadas pelas empresas para melhorar o convívio com a comunidade na qual está inserida, porém é preciso ter consciência que o movimento em prol da responsabilidade social das empresas está em evolução. Ainda há um longo caminho a ser percorrido para que as desigualdades de raça e sexo diminuam. Nos balanços sociais publicados pelas empresas ainda é comum na ocupação de cargos de chefia, no número de funcionários das empresas e a diferença entre o salário mais alto mulheres e negros representarem um numero muito inferior.

CONCLUSÕES

Com a Constituição de 1988, surge uma nova ordem jurídica voltada para o bem-estar social. O direito de propriedade perde o seu caráter individualista tornando-se mais social. O novo código incorpora todos os avanços surgidos nos últimos anos, visando a uma maior socialização do direito de propriedade.

Tendo a Carta de 1988 incorporado em sua essência valores sociais próprios do Estado Social, obviamente impôs obediência de todos aos ditames da solidariedade, a fim de que realmente se possa edificar uma sociedade justa.

A empresa coube o dever de cooperar com o Estado, segundo os ditames dos princípios constitucionais da Ordem Econômica, na garantia do bem-estar de todos. Na análise realizada de todos aqueles participantes da atividade empresária (comunidade, consumidor e trabalhador), a empresa tem cumprido com o seu papel ao assumir sua responsabilidade social. Através dos vários projetos implantados pelas empresas demonstrados nesse trabalho, verificou-se que a função social da empresa vem sendo atendida, porém a excessiva carga tributária impede que mais atividades empresárias consigam manter-se no mercado. Assim, cabe ao Governo revisar suas despesas para que possa diminuir a carga tributária permitindo que outras atividades empresárias sejam criadas e as já existentes na informalidade possam se legalizar.

De modo exemplar o mercado de capitais (sistema de distribuição de valores mobiliários), tem atuado em medidas para formação do novo mercado e a divulgação de empresas socialmente responsáveis.

²³¹ <http://www.bovespa.com.br/InstSites/RespSocial/Index.asp#>.

Todavia, a função social da empresa deve ser efetivada por todos os tipos societários, empresa individual de responsabilidade limitada e empresário individual. Não se restringindo as sociedades anônimas abertas, que tem os valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

Quanto ao meio ambiente é preciso avaliar a tendência brasileira em utilizar os bens produzidos pela natureza para fins de fornecer matéria-prima para outras economias. É preciso investir em tecnologia e inovações que permitam o desenvolvimento de produtos para exportação, contribuindo para majorar a arrecadação de tributos e a geração de novos trabalhos.

As *commodities* ambientais, que representam um avanço na conscientização do empresariado para o desenvolvimento de forma sustentável devem contribuir para o desenvolvimento econômico proporcionando aos seus participantes informações que permitam despertar a importância do país não se tornar apenas fornecedor de matéria-prima.

Por tudo que foi considerado, podemos afirmar que a atividade empresarial é essencial para que o Estado possa atender aos fundamentos da Constituição de construir uma ordem jurídica justa promovendo o bem de todos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CALDEIRA, Rafael. Discurso: Anais do XI Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social. v. 1. Caracas, 1985.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 85, n. 732. out. 1996.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Globalização & desemprego: mudanças nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- FERREIRA, Mauro Santos. *Desenvolver é preciso*. In Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- KOSKIRISTER, Carla Abranto. *Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.
- OIT. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, OIT, mai. 1988.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Antônio Oliveira. *O Caminho das Pedras*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2003.

SARLET, Ingo, Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

SIL, Fernando. Planeta Condenado? *Jornal da Estácio*. Rio de Janeiro. Fevereiro 2007. Ano III. Nº 30.

ROCCA, Carlo Antônio (org.). *Mercados de Capitais, agenda de reformas e ajuste fiscal*. São Paulo: IBMEC, 2007.

TEIXEIRA, Antônio Carlos *et. al.*. *A questão ambiental: desenvolvimento e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2004.

SITES

www.ambientebrasil.com.br/gestao/commodities.html. Acessado em: 27.02.2007.

www.bovespa.com.br/InstSites/RespSocial/Index.asp#. Acessado em: 27.02.2007.

www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.html. Acessado em: 04.04.2007.

www.ethos.org.br. Acessado em: 27.02.2007.

www.planalto.gov.br. Acessado em: 20.09.2013.

www.petrobras.com.br/ResponsabilidadeSocial/portugues/social/08_09_2006.asp. Acessado em: 27.02.2007.

O PACTO GLOBAL DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E A CONTRIBUIÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

The global pact of corporate social responsibility and the brazilian standards contribution for the action against corruption in economic policy.

HENRICO CÉSAR TAMIOZZO

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, na linha de pesquisa Relações Internacionais e Empresariais, bolsista CAPES/DS. Especialista em Ministério Público, Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Professor da Universidade Norte do Paraná – UNOPAR/Londrina. Advogado. Email: henricotamiozzo@hotmail.com.

MARLENE KEMPFER

Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, área de concentração de Direito Tributário, Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, Professora de Graduação e Mestrado da Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, e da Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Londrina – PUC/Londrina. Email: revistamdireito@uel.br.

RECEBIDO EM: 02.08.2013

APROVADO EM: 30.08.2013

RESUMO

Atualmente as empresas devem assumir responsabilidade ao lado do próprio Estado e da sociedade civil para o combate a corrupção. Este é um dos 10 princípios da ONU sobre a responsabilidade social das empresas, o Pacto Mundial, proposta pelo ex-secretário geral da ONU, Kofi Annan, em 1999, durante a reunião do Foro Econômico Mundial: Princípio 10 - As empresas devem trabalhar contra todas as formas de corrupção, incluindo extorsão e suborno. Este pacto anticorrupção visa promover a responsabilidade corporativa nas empresas, e por ser uma proposta da ONU ganha um caráter de objetivo mundial, certamente, porque a corrupção nas formas referidas contamina não somente os negócios privados, mas, especialmente, os

públicos. Neste caso os reflexos são graves uma vez que gera ambiente de ingovernabilidade (falta de confiança nos governos), por desrespeito à moralidade pública e as leis que criminalizam tais condutas. Os prejuízos material e moral no âmbito privado podem ser de tal monta que condena as empresas muitas vezes à falência. Em face desta constatação este trabalho de pesquisa bibliográfica se propõe a analisar a importância do Pacto Global como paradigma internacional de sustentabilidade empresarial quando trata do princípio anticorrupção e a resposta normativa brasileira a este princípio. Além das condutas tipificadas pelo Código Penal Brasileiro, a corrupção tem tratamento jurídico na Lei de Licitações, Lei de Improbidade Administrativa e a atual Lei 12.846, de agosto de 2013, esta considerada como um importante marco no combate e prevenção da corrupção. No sentido normativo o Brasil atende as expectativas do Pacto Global. No entanto é preciso avançar na fiscalização e na prevenção tal como se pretende com os cadastros privados e públicos que armazenam informações sobre empresas punidas (CNEP) por corrupção e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) por desrespeito à Lei de Licitações. Condutas éticas públicas e privadas em seus negócios são essenciais para o planejamento estratégico nos negócios empresariais e podem se engajar neste objetivo.

PALAVRAS-CHAVE: SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL. ÉTICA. CORRUPÇÃO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

ABSTRACT

Today, companies must take responsibility alongside the state itself and civil society to combat corruption. This is one of the 10 principles of the ONU about corporate social responsibility, the Global Pact, proposed by the ONU ex-secretary general, Kofi Annan, in 1999, during the meeting of the World Economic Forum: Principle 10 - Businesses should work against all forms of corruption, including extortion and bribery. This agreement aims to promote anti-corruption corporate responsibility in business, and being ONU proposal, gets a character of objective world, certainly, because corruption in the forms referred contaminates not only private businesses, but especially the public. In this case the consequences are severe since it generates ungovernable environment (lack of confidence in governments), for breach public morality and laws that criminalize such conduct. The material and moral damages in private may be so large that condemns companies often bankrupt. In light of this finding this bibliographic research is to analyze the importance of the Global Compact as a paradigm of international corporate sustainability when deal with anti-corruption principle and normative brazilian response to this principle. In addition to the conduits typified by Brazilian Penal Code, corruption has legal treatment in the Bidding Law, Administrative Probity Law and the actual Law 12.846, of August 2013, which is considered as an important mark in combating and prevent-

ing corruption. In the normative sense Brazil meets the expectations of the Global Pact. However it is necessary to advance into monitoring and prevention as intended with the private and public registers that store information on companies punished (CNEP) of corruption and the National Register of Inappropriate and Suspended Corporates (CEIS) for failing the Bidding Law. Ethical conduct in their public and private business are essential for strategic planning in business and can engage on this goal.

KEYWORDS: CORPORATE SUSTAINABILITY. ETHICS. CORRUPTION. ADMINISTRATIVE MORALITY.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O desenvolvimento sustentável, a participação das empresas e o pacto global da onu. 2. Tratamento dos crimes de corrupção no direito penal brasileiro. 3. Outros ilícitos contra a administração pública. 4. O dever ético nos atos administrativos. 5. O dever ético nas relações comerciais. 6. Responsabilidade social empresarial, ilusão ou realidade? 7. Uma rede empresarial ética e de solidariedade para prevenção e combate à corrupção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A terminologia desenvolvimento sustentável, empregada pela primeira vez na Conferência Mundial do Meio Ambiente em Estocolmo, no ano de 1972, tomou conta do cenário mundial nas últimas décadas. O conceito de sustentabilidade, nesta concepção, não foi esquecido pelo legislador constituinte, que o almejou a princípio fundamental, esculpindo-o no *caput* do Art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quando menciona que é dever de todos defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

A sustentabilidade avança para aceção que incluem os aspectos econômico e social. Tal preocupação é possível identificar no Pacto Global proposto pela ONU, em 1999, com dez princípios referenciais, um compromisso voluntário, para as condutas empresariais. A importância reside, especialmente, para policiar a gestão empresarial na internalização e construção de uma cultura ética.

O Brasil, a partir do ano de 2003, consolida seu empenho nesta jornada ao criar o Comitê Brasileiro do Pacto Global, sendo mais um integrante desta rede que tutela os direitos humanos, proteção do trabalho humano, meio ambiente e corrupção.

Assim, a análise que se propõe nesta pesquisa é avaliar aspectos da ordem jurídica brasileira quanto a conformidade com o Pacto Global, especificamente, quanto o combate à corrupção em face dos negócios privados e públicos.

1. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, A PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS E O PACTO GLOBAL DA ONU

Mais do que um mero ente jurídico, a empresa representa na atualidade um organismo vivo, cuja racionalidade econômica tradicional de busca exclusiva por índices numéricos quantitativos de eficácia e lucratividade altera-se para incluir índices de qualidade socioambiental, traduzidos por condutas ético-sociais e ético-ambientais.

Pelo próprio clamor social as organizações têm sido motivadas a demonstrarem que são corresponsáveis pelo destino do planeta e pela busca de soluções voltadas para o desenvolvimento sustentável e justiça social.

Ao ser analisada a participação empresarial neste esforço coletivo, doutrinadores da Ciência da Administração, destacam que as empresas cumprem papel central, pois, será a oportunidade para resgatar os prejuízos socioambientais que foram produzidos ou estimulados por suas atividades.

Os elementos constitutivos do desenvolvimento sustentável no ensinamento de Ignacy Sachs compõem cinco pilares: social, econômico, ecológico, espacial e cultural (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009, pp. 66-67). Essa ampliação de ações, no entanto, não alterou a proposta básica da necessidade de atuação concorrente do Estado, dos agentes econômicos e da Sociedade Civil.

Sem dúvidas que o Estado continua sendo o centro de atribuições, reunidas em prol da satisfação do interesse público e do bem estar social, todavia, não atuará sozinho. A chamada responsabilidade social das empresas forma a triangular regulação social de dependência entre Estado, empresas e comunidade.

No entanto, nem todos cientistas desta área de conhecimento assim tratam o papel da empresa nas questões da sustentabilidade ou da ética empresarial. De toda sorte, na citação de Carroll (apud GARCÍA-MARZÁ, 2008, pp. 167-172), “a maioria desses trabalhos têm referente comum com a concepção de M. Friedman”.

O texto de Friedman apresentará três importantes críticas que, uma vez resolvidas, proporcionarão o marco ético que define a responsabilidade social empresarial. A primeira delas é que há uma clara confusão entre privado e público. A segunda delas se trata do problema da falta de critérios intersubjetivos no momento de se definir em que consiste esta responsabilidade. E a terceira se refere a uma fraude da responsabilidade social, ou seja, que a responsabilidade social é utilizada como meio de maquiagem o verdadeiro motivo de alcançar maiores benefícios econômicos. Talvez quem mais designou esforços para enfrentar tais questões, na opinião de Domingo García-Marzá (2008, p. 173-182), tenha sido o professor Archie B. Carroll.

À segunda crítica de Friedman – mais interessante do ponto de vista da presente pesquisa – se traduz na seguinte pergunta: o que é de responsabilidade da empresa?

No modelo proposto por Carroll identifica-se quatro categorias distintas

que juntas compõe aquilo que a sociedade espera da empresa, ou seja, a responsabilidade social corporativa. São elas, responsabilidade: econômica, legal, ética e filantrópica. Outros estudiosos também buscaram responder essa indagação, contudo, sem muita evolução prática ou aplicabilidade (GARCÍA-MARZÁ, 2008, pp. 181-185).

Até que chegou-se à afirmação atual, onde, segundo José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira (2009, p. 69), “no âmbito das organizações em geral, o núcleo duro de sua contribuição para com o desenvolvimento sustentável passou a consistir em três dimensões: a econômica, a social e a ambiental.” E completam:

Uma organização sustentável seria, portanto, a que orienta suas atividades segundo as dimensões da sustentabilidade que lhe são específicas. Em outras palavras, é uma organização que busca alcançar seus objetivos atendendo simultaneamente os seguintes critérios: equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica. Desse modo, os movimentos da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável, cada qual com suas características próprias e campos de estudos específicos, convergem para o conceito de empresa sustentável.

Nesse sentido, empresa sustentável é aquela que gera lucro para os acionistas, ao mesmo tempo em que protege o meio ambiente e melhora a vida das pessoas com quem mantém interações.

Atentas a esta reivindicação contemporânea surgem inúmeras entidades não-governamentais, nacionais e internacionais, que se dedicam a efetivar este raciocínio, com destaque para ao Pacto Global iniciativa promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU). Esta proposta, anunciada no Fórum Econômico Mundial (Fórum de Davos), em 31 de janeiro de 1999, pelo ex-secretário geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Annan, objetiva encorajar as empresas a adotarem condutas de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade.

Foram selecionados para compor o Pacto Global, de modo alinhado com as políticas e práticas empresariais mais comuns, e os objetivos internacionalmente ansiados e aplicados, 10 valores principais ou princípios chave, com vistas a desenvolver um mercado global mais inclusivo e sustentável.

Esta iniciativa conta com o apoio de cinco agências das Nações Unidas, sendo elas, o Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos (OHCHR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), lideradas pelo programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (PACTO GLOBAL, 2013).

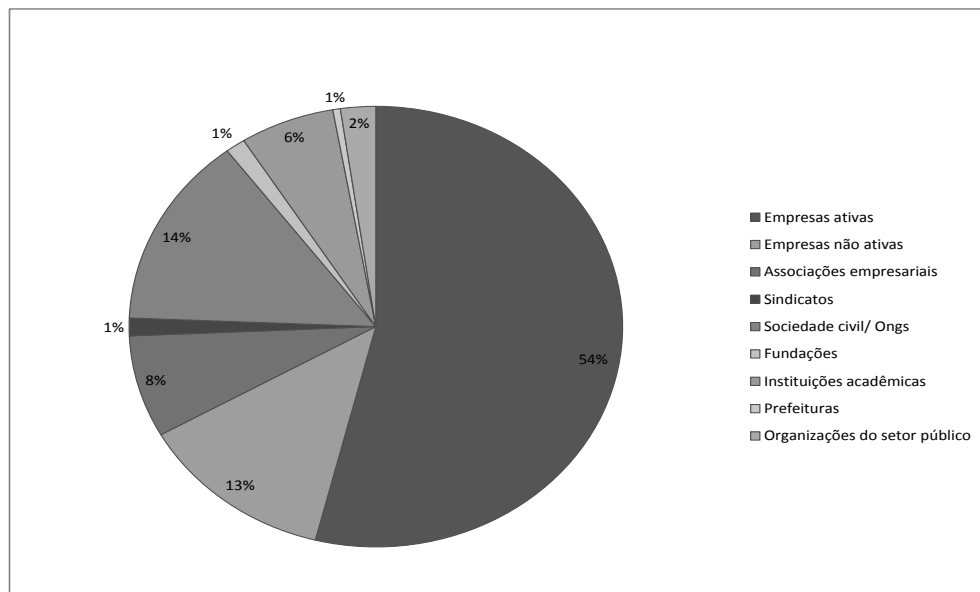
Estes 10 valores principais foram escolhidos nas áreas de Direitos Humanos (1º e 2º princípios), Direito do Trabalho (3º ao 6º princípio), Proteção Ambiental

(7º ao 9º princípio), e Combate à Corrupção (10º), sendo este último inserido somente em 24 de junho de 2004 (PACTO GLOBAL, 2013). Todos eles derivam de outras declarações, como a Declaração Universal de Direito Humanos, a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e, também, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

O Pacto Global é um instrumento de livre adesão pelas empresas, organizações da sociedade civil e demais interessados, possuindo atualmente mais de 5.200 organizações signatárias, articuladas por 150 redes ao redor do mundo. Para fazer parte do programa, a empresa deverá preencher uma carta e um formulário, além de obrigar-se a informar às partes interessadas, *stakeholders*, acerca da adesão, emitir uma nota na imprensa para tornar o compromisso público, além de logicamente propagar os princípios do Pacto.

Na finalidade de fortalecer a agenda de responsabilidade social corporativa e o Pacto Global no Brasil, em dezembro de 2003 foi criado o Comitê Brasileiro do Pacto Global, que reúne o setor privado, a sociedade civil organizada, academia e agências do Sistema das Nações Unidas no Brasil (PACTO NO BRASIL, 2013).

Em consulta realizada no início do mês de setembro de 2013, a lista de signatárias do Pacto Global no Brasil era de 558 entidades, das quais mais da metade fazem referência a empresas ativas que exercem atividade empresária, na forma demonstrada no gráfico seguinte (PACTO NO BRASIL, 2013):



Fonte(s): Pacto Global Rede Brasileira

Acentua-se cada vez mais o trabalho exercido pela sociedade civil orga-

nizada, como o Instituto Ethos, organização brasileira sem fins lucrativos, caracterizada como organização da sociedade civil de interesse público – Oscip, que é atualmente a mais importante organização dentro da América Latina sobre o assunto. Participa ativamente do movimento, tendo conduzido-o em meados do ano de 2000, e ajuda na criação e fortificação dos programas de responsabilidade corporativa e ética empresarial dentro e fora do país.

Engajado a outras experiências bem sucedidas, como os pactos empresariais de combate ao trabalho escravo e do trabalho infantil, que o Instituto Ethos brasileiro encabeçou no ano de 2005 o lançamento do Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção, na finalidade de unir empresas com o objetivo de promover um mercado mais íntegro e ético e erradicar o suborno e a corrupção. De fato, o décimo princípio do Pacto Global dispõe que as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.

A corrupção no setor privado assume especial observação, pois, a curto prazo, pode parecer vantajosa, contudo, a médio e longo prazo, mostra-se inadequada, distorcendo a competitividade, extinguindo a concorrência leal, no que gera insegurança no meio empresarial e a fuga investidores e até de consumidores, pelo encarecimento dos produtos e serviços.

Mesmo sabendo-se da necessidade de projetos da iniciativa privada que visem combater a corrupção na seara corporativa e que servem de paradigma às normas jurídicas internas, o direito positivado brasileiro possui ferramentas passíveis de punir os infratores corruptores da integridade na esfera pública e privada.

2. TRATAMENTO DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

De certo é que a corrupção funcional enfraquece demasiadamente a integridade e a credibilidade da administração estatal de um sistema político, prejudicando, segundo o professor Damásio (DE JESUS, 2003, p. 2-3), “o progresso de uma nação e, a par da impunidade que a acompanha, debilita as instituições e a moral pública, gerando alto custo, responsável pelo empobrecimento do povo”. De acordo com Eliana Simonetti (SIMONETTI, 1999, p. 64), a corrupção funcional produz:

1º) incremento da sonegação de impostos: os funcionários públicos, em face da corrupção, não escolhem os melhores contratos para seu país, mas sim os mais lucrativos para eles próprios, em consequência, o Governo arrecada menos impostos e gasta mais;

2º) a economia de mercado não funciona: conseguem melhores contratos, não as mais produtivas companhias, mas as que sabem negociar com as autoridades.

3º) o investimento externo é reduzido porque o suborno apresenta o mesmo efeito de um imposto: configura um custo a mais no balanço das companhias.

Por isso os especialistas dizem que a modalidade de governo do terceiro milênio é inspirada no desenvolvimento sustentável, com prevalência da ética e moralidade administrativa.

Para os infratores corrompidos, aplicam-se na seara criminal as disposições tipificadas no Código Penal brasileiro e demais legislações esparsas que vão tratar da matéria. No Brasil, qualquer pagamento de facilitação (vantagem indevida) a funcionário público é considerado suborno, e poderá ser enquadrado como corrupção ativa, corrupção passiva ou suborno transnacional.

O Código Penal (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848/40) tipifica em seu artigo 333 o crime de corrupção ativa, que consiste em oferecer ou promover qualquer vantagem indevida a um funcionário público, para que este pratique, se omita ou retarde um ato relacionado a suas funções. Estarão incurso neste crime, por exemplo, o empresário que no intuito de proteger a sua empresa, acerta com policiais um pagamento mensal, aquele investidor que oferta um automóvel de doação ao membro do legislativo para que defenda os seus interesses, ou ainda, o oferecimento de um “agrado” a fiscais para que aliviem a fiscalização.

Em contrapartida, no artigo 317 do mesmo diploma legal encontra-se o crime de corrupção passiva, em que nas mesmas condutas acima exemplificadas, estará incurso o funcionário público que aceitar referida promessa, receber, ou mesmo solicitar vantagens indevidas.

Por ambos tratarem de crime formal, se a vantagem indevida vier a ser entregue, será mero exaurimento da conduta delituosa, pois o crime de corrupção ativa se consuma pelo simples fato de oferecer, ao passo que o crime de corrupção passiva se consuma no momento em que o funcionário público solicita, recebe ou aceita a vantagem.

O suborno transnacional tem previsão no artigo 337-B do Código Penal, criminalmente apenado como corrupção ativa em transação comercial internacional. Referido dispositivo foi incluído somente a partir de 2002 (BRASIL, Lei nº 10.467/02), para dar cumprimento à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em 17 de dezembro de 1997, em Paris, e promulga internamente no ano de 2000 (BRASIL, Decreto nº 3.678/00).

Imputar-se-á o suborno transnacional não a qualquer funcionário estrangeiro, mas àquele que tenha poder para praticar ato relativo à transação comercial internacional, dentro do conceito do artigo 337-D, do Código Penal. Assim, caracteriza-se este crime se o empresário oferecer propina a funcionário da vigilância sanitária de outro país, para que libere exportação de um determinado alimento brasileiro.

Conduta ainda mais reprimível pelo direito será aquela do artigo 316 do Código Penal. Do latim *concutere* – ato de sacudir uma árvore para que os frutos caiam – o crime de concussão atinge diretamente o bem jurídico da moralidade e

proibidade da administração pública, praticado somente por funcionário público no ato de exigir, ordenar, por ameaça implícita ou explícita, e ainda, direta ou indireta, vantagem indevida. Em outras palavras, o crime de concussão seria uma forma especial de extorsão, todavia, praticada por funcionário público. Distingue-se do crime de corrupção passiva porque neste o agente criminosa apenas pede ou solicita, sem impor a medida com obrigação e ameaça.

A prática judiciária atual mostra com detalhes o resultado de crimes de corrupção na relação público-privada. No julgamento do Habeas Corpus nº 134985/AM (2009/0079628-0)²³², de maio de 2011, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso do impetrante, grande empresário no Estado do Amazonas. Este alegou constrangimento ilegal por atipicidade da conduta, por inexistir provas de que havia compactuado com Auditor Fiscal da Receita Federal pela prática de ato de ofício em benefício da sua empresa. A quinta turma do STJ, por unanimidade, em Relatoria do Ministro Jorge Mussi, entendeu que havia indícios da ilicitude dos fatos, provas coletadas pela “Operação Saúva” da Polícia Federal que investigava fraude em licitações, e manteve a instrução criminal contra o empresário réu.

Em outro julgado, em outubro de 2010, também do Superior Tribunal de Justiça, impetrou-se Habeas Corpus de nº 148978/MT (2009/0190137-1)²³³ em que o paciente defende inépcia da denúncia por se basear em interceptações telefônicas de procedência ilícita. O STJ, mesmo solicitando o desentranhamento das provas coletadas de modo ilegal, manteve a peça acusatória pela sua higidez, pois havia claros indícios de que o paciente teria intermediado o pagamento de vantagem ilícita para beneficiar grupo de empresas que possuíam débito fiscal com o INSS de quase cem milhões de reais.

De fato, o ato de corrupção é uma forma particular de influência ilegal, ilícita e ilegítima, definido como uma transação ou troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper. Estes responderão criminalmente pelas condutas praticadas, sendo que a jurisprudência bandeirante demonstra ser firme quando se trata de crimes que corrompe o liame público. Os valores éticos devem ser, portanto, um dos pilares da construção de um sistema de integridade empresarial.

3. OUTROS ILÍCITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Existem outros tipos de ilícitos que, mesmo não sendo previstos pelo Código Penal brasileiro são consideradas condutas reprimíveis pela legislação brasileira. A mais recente delas é a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2013), que

²³² Íntegra do Acórdão disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110019/habeas-corpus-hc-134985-am-2009-0079628-0-stj/inteiro-teor-21110020>. Acessado em: 06.09.13.

²³³ Íntegra do acórdão disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901901371&dt_publicacao=04/10/2010. Acessado em: 06.09.13.

dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O advento da Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013), que entrará em vigor 180 dias após sua publicação (Art. 31), ou seja, somente no início de 2014, preencherá uma lacuna da legislação brasileira ao imputar a pessoas jurídicas – e não mais somente às pessoas físicas, sendo que estes continuarão a responder individualmente – a responsabilização objetiva civil e administrativa, pela prática de qualquer ato de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Alinhavada às leis anticorrupção estrangeiras, como a Lei de Práticas Corruptas no Exterior (em inglês, *Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA), dos EUA, e nas recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, acima de tudo, a nova lei vem a ratificar os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, como a já citada Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, Decreto nº 3.678/00).

Nos termos dos artigos 18 e seguintes da norma, além da possibilidade de penalidades administrativas, com multas que podem chegar a 20% do faturamento bruto a serem pagas solidariamente pelas controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, as empresas infratoras estarão sujeitas na esfera judicial ao perdimento de bens, direitos ou valores no objetivo de recompor o erário, na proporção do dano causado e das vantagens obtidas, podendo ensejar em algumas circunstâncias a suspensão parcial ou total das atividades, até a dissolução compulsória da pessoa jurídica nos casos mais graves.

O ponto alto da Lei Anticorrupção é valoração que faz às iniciativas adotadas pelas empresas no sentido prevenir práticas de fraude ou corrupção, como a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denuncia de irregularidades, sem esquecer da correta aplicação dos códigos de ética e de conduta no âmbito interno. Certamente que tal previsão trouxe um ganho substancial a toda sociedade brasileira, reforçando a idéia de estimulação do *compliance*, ou seja, atividades internas das empresas que incentivem ou favoreçam o cumprimento de normas e regulamentos, evitando o comprometimento da mesma com práticas ilícitas.

Além de trazer importantes dispositivos que visam proteger a administração pública de práticas fraudulentas e corruptas, o legislador buscou internalizar conceitos e valores éticos à disciplina, exigindo das empresas a tomada de providências para que referidos conceitos se concretizem e multipliquem.

Há também na ordem brasileira a Lei de Licitações (BRASIL, Lei nº 8.666/93), que descreve entre os artigos 89 a 98 os tipos penais que abrange. Todos constituem infrações penais contra a licitação, e possuem como sujeitos ativos os licitantes, os servidores públicos e as pessoas a eles vinculadas. Fraudar processo licitatório é crime também punível pela Lei de Improbidade Administrativa (Art. 10,

inciso VIII, da nº Lei 8.429/92), pois causa eminente lesão ao erário público.

São modalidades comuns de fraude em licitação, de acordo com a Lei de Licitações: a) o superfaturamento, quando se tem um vencedor do procedimento licitatório, mesmo cobrando preços superiores ao mercado; b) o acordo prévio, por meio de informações privilegiadas ou a combinação de propostas entre concorrente ou concorrente e o responsável pela licitação; c) direcionamento da licitação, quando não se dá publicidade à licitação ou a exigência de qualificações técnicas muito detalhadas e específicas, inviabilizando a entrada de mais de um concorrente.

Em defesa dos atos praticados contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, a ordem jurídica brasileira possui previsão legal da Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990), que imputa como criminosos aqueles previstos entre os artigos 1º e 7º. A título de exemplo, menciona-se as práticas de “caixa dois” ou de sonegação fiscal.

Caixa Dois é a prática na qual empresas não contabilizam recursos financeiros que, por obrigatoriedade legal, deveriam ser contabilizados, como emitir nota fiscal com produto diverso do que foi entregue, com valor menor ao da transação efetivamente realizada, utilizar contabilidade paralela à apresentada de maneira oficial e fraudar o balanço da empresa para mascarar recursos não contabilizados.

Já a sonegação fiscal, ou evasão fiscal, é aquela caracterizada por práticas ilegais realizadas por empresas que buscam reduzir ou suprimir o pagamento de impostos, podendo-se mencionar a recusa de entrega de nota fiscal ao consumidor, fazer declaração falsa ou omitir informações sobre rendas, bens, fatos para eximir, total ou parcialmente, do recolhimento de tributos, utilizar bloco de notas frias ou falsificar nota fiscal, ou mesmo qualquer outro documento relativo a operação tributável.

A lavagem de dinheiro, além de ser moralmente reprovável, também recebe escopo legal no artigo 1º, da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998). São exemplos desta conduta ilícita, abrir uma empresa fantasma para simular operações econômico-financeiras e comerciais, como ainda comprar imóveis por preço abaixo do valor de mercado, sendo a diferença paga por fora, sem registro, no intuito de vendê-lo após pelo valor de mercado. Conclui-se que será considerado crime de lavagem de dinheiro aqueles procedimentos que pretendem ocultar ou dissimular a origem ilícita de bens, direitos e valores decorrentes de determinados crimes.

Pelo grau de importância que incide a este estudo, foi deixada por última a referência à Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), que versará sobre as sanções aplicáveis a agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou ainda, em violação de princípios que orientam a administração pública. Inseridos no texto dos artigos 9º, 10 e 11, indicam-se atos considerados ilegais, suscetíveis de punição civil, penal e administrativa.

Em resumo, os crimes albergados pela lei referida são receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem imóvel ou móvel, ou qualquer outra vantagem econô-

mica, direta ou indireta, a título de percentagem, comissão, ou outro meio de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público.

Mesmo não apresentando explicitamente, o regulamento induz como sendo condutas antiéticas e ilícitas, inclusive, aqueles casos de pagamento de presentes, brindes, e viagens fora dos termos legais, até a corrupção indireta por meio de políticas de apoio ou patrocínio.

Além disso, pode-se citar, como atos que causam prejuízo ao erário, permitir ou concorrer para que pessoa jurídica ou física privada utilize verbas, rendas, bens ou valores integrantes do acervo patrimonial de entidades públicas.

Como atos que violam os princípios que orientam a administração pública, pode-se citar, revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, pessoa física ou jurídica, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida econômica ou política capaz de afetar o preço de bem, mercadoria ou serviço.

Em julgamento do Recurso Especial 1281881 / BA (2011/0222778-5)²³⁴, proveniente de Ação Civil Pública que investigava fraude à licitação na “Operação Sanguessuga” por superfaturamento de preços, fracionamento de compra para enquadramento na modalidade “Convite”, dispensa de pesquisa de mercado para estabelecer o valor do bem licitado para aquisição de Unidades Móveis de Saúde, o Relator Ministro Herman Benjamin reformou as decisões de primeiro e segundo grau para dar provimento à medida liminar de indisponibilidade de bens da empresa para assegurar o integral ressarcimento do dano.

A fundamentação do recurso levou o entendimento assente da Segunda Turma do STJ, sob o qual a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Ainda mencionou que se não concedesse a medida, tornar-se-ia difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da medida cautelar em foco.

Vislumbra-se uma crescente importância sobre questões éticas no campo da administração pública, e muito disso se deve à atual sociedade da informação, onde a mídia se coloca como um quarto poder, alterando a clássica tripartição sistêmica de Montesquieu, ao abordar temas de grande relevância pública, exigindo providências e explicações. A transparência dos atos públicos ganha relevância fundamental, e se mostra medida eficaz na busca da excelência ética na administração pública.

A corrupção tem relação com a questão da ausência de informação e também com a incapacidade da população de acompanhamento destas informações. Por isso que a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, Lei nº 12.527/11) significa um im-

²³⁴ Íntegra do acórdão disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=fraude+licita%E7%E3o+superfaturamento&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em: 06.09.13.

portante passo para a prevenção e punição dos infratores corruptos no país. A gestão pública sai vencedora, pois abre-se a possibilidade de maior participação popular, além de aumentar o controle social das ações governamentais.

No Brasil o direito de acesso à informação pública é previsto no Art. 5º, nos incisos XIV e XXXIII, no Art. 37, § 3º, inciso II e no Art. 216, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

4. O DEVER ÉTICO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A expressão moralidade administrativa se faz constante em dois momentos distintos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Primeiro no Art. 5º, inciso LXXIII, quando menciona que qualquer cidadão terá legitimidade para propor ação popular que vise anular ato lesivo à moralidade pública, e após no caput do Art. 37, dispositivo que elenca expressamente os princípios norteadores da administração pública, sejam eles a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Dentre os princípios da administração pública alçados pela Carta Maior, o da moralidade administrativa é o mais singular, e ao mesmo tempo, o mais importante, pois é pressuposto informativo dos demais, muito embora todos devam coexistir no ato administrativo (TERÇAROLLI, 2006, p. 26).

Ao passo que a boa-fé também está em perfeita consonância com os valores constitucionais, pois é mecanismo de inserção de valores éticos no campo jurídico. A partir da vinculação de moralidade com boa-fé é possível vislumbrar que a confiança é elemento essencial às relações comerciais.

Quando se fala no dever de moralidade, não se refere à moral comum, mas, sim, de uma moral jurídica. Esta deve ser paradigma para que o agente como ser humano capaz distinga, necessariamente, o bem do mal, o honesto do desonesto, o certo do errado. É este o sentido dos princípios constitucionais que integram o regime para a gestão pública.

O conceito de moralidade administrativa inclui o exemplo do bom administrador, ou seja, aquele que atua de modo objetivo, de forma a obter uma administração voltada unicamente para o interesse público. Este conceito abrange comportamentos éticos, atitudes corretas, honestas, límpidas, condizentes com o interesse público, e acima de tudo, a correta aplicação do dinheiro público.

Como aduz Jesús González Pérez (2000, p. 63), “os programas de ética pública devem-se pautar na ideia de que o funcionário está a serviço da coletividade”.

A probidade e a moralidade administrativas encontram-se intimamente ligadas, sendo que ambas recebem proteção constitucional. A moralidade administrativa é princípio informativo da administração pública, ou seja, proposição básica, fundamental, que condiciona as estruturas subsequentes (DI PIETRO, 1997, p. 60).

A conceituação de moralidade administrativa é tarefa das mais difíceis, e

dificilmente é recebida sem críticas. Para alguns estudiosos, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 109), é a ação do administrador com base em princípios éticos, com lealdade e boa-fé. Outros acrescentariam o dever de neutralidade, de discrição, de impessoalidade e de denúncia de fatos ilícitos que tiverem conhecimento em razão de sua função (AUBIN, 2001, pp. 145-151).

Na concepção de José Afonso da Silva (1968, pp. 145-148), existem duas espécies de imoralidade:

- a) O excesso de poder, quando há competência do agente público, porém é extrapolada, ou não há competência e o agente dissimulado invade competência alheia ou há competência, mas o ato extravasa seus limites; b) o desvio de finalidade quando há competência e o agente busca fins diversos do interesse público ou pratica o ato com motivos estranhos ao interesse público.

Em posicionamento semelhante, advoga Hely Lopes Meirelles (1995, pp. 83-85):

Tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado a fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda.

De qualquer forma importa dizer que a corrupção, a imoralidade e a improbidade na administração pública são mazelas que atingem historicamente o Brasil – igualmente visto em outras nações – exigindo-se instrumentos eficazes de combate que permitam a desconstituição dos atos praticados e a punição dos agentes corruptos, imorais e ímprobos (NEIVA, 2009, p. 02).

5. O DEVER ÉTICO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

A corrupção, ao contrário do que muitos imaginam, não tem suas causas apenas no setor público. De fato, ela assola as estruturas estatais, mas é um mau produto dos mais diversos setores da sociedade, comumente visto no setor privado.

A organização empresarial é um dos agentes mais dinâmicos da sociedade, e, portanto, não pode ficar de fora das ações que giram em torno do duelo contra a corrupção. Vale dizer que a Transparency International define corrupção como o “abuso do poder confiado para ganhos particulares” (RELATÓRIO..., 2009, p. 3).

As primeiras notícias sobre o estudo da ética no âmbito empresarial foram da década de 60, na Alemanha, aonde pretendia-se elevar os trabalhadores à

condição de participantes de decisões por meio dos conselhos de administração. No Brasil, apesar da Escola Superior de Administração de Negócios (ESAN) dar ênfase ao estudo da ética desde 1941, esta foi integrada formalmente nos cursos de administração pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) somente em 1992 (ARRUDA, WHITAKER e RAMOS, 2003, p. 53).

Por isso que na contemporaneidade empresarial a ética é vista nas mais diversas áreas, a começar pela propaganda, venda e relação com os consumidores, passando pela ética na atividade financeira e econômica, sem esquecer da ética no relacionamento com os empregados.

A criação de um ambiente ético nas relações comerciais permite compreender e implantar um processo de Responsabilidade Social Empresarial (RSE). Este processo faz com que a empresa adquira consciência e responsabilidade de sua gestão nos campos econômico, social e ambiental e na cadeia completa de suas atividades, mantendo um permanente diálogo com todos os agentes interessados também conhecidos como *stakeholders*.

Faz sentido recordar que o termo *stakeholder*, ou detentor de interesses, foi cunhado pelo professor R. Edward Freeman, na obra *Strategic management: a stakeholder approach* de 1984, que o definiu como qualquer pessoa que seja afetada, ou possa ser afetada, pelo desempenho de uma organização. (2007, p. 65). É de bom tom explicar que *stakeholder* é termo mais amplo que *shareholder*, que faz alusão somente aos sócios e acionistas da empresa.

Mas afinal, qual seria a definição de empresa ética? Segundo ensinamento da professora Rosilene Aparecida Marton, em seu texto intitulado “A importância da ética nas organizações” (WHITAKER, 2007, p. 263), “uma empresa é considerada ética se cumprir todos os compromissos éticos que tiver, se adotar um postura ética como estratégia de negócios, ou seja, agir de forma honesta com todos aqueles que têm algum tipo de relacionamento com ela”.

Mas o dever ser ético nem sempre é fácil de ser implementado dentro das organizações. Em verdade, o desafio constante dos gestores e administradores é justamente conciliar a ética, quando, exige-se deles a busca desenfreado pelo reconhecimento, manutenção do *status*, prestígio, lucratividade e poder. A grande competitividade coloca as empresas em batalhas sem fim, disputando fatias de mercado e posições em destaque dentro e fora delas.

Eis que por facilidades encontradas na seara pública, ambiente infelizmente impregnado de políticos corruptos, desonestos e imorais, e indivíduos a eles relacionados, que objetivam autopromoção e enriquecimento pessoal, empresas buscam melhorar seus resultados, sendo muitas vezes uma saída para atingir suas metas e concluir objetivos, ou mesmo uma forma rápida e eficaz de desenvolverem seus negócios.

6. RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL, ILUSÃO OU REALIDADE?

Sobretudo a partir da década de 90 do século XX aumentou-se a preocupação com a atuação social, especialmente para com as empresas. Assim, as empresas foram chamadas a cumprir além da função social propriamente dita e legalmente exigida. Começaram a adotar preceitos socialmente responsáveis, por ser essencial à sua manutenção no mercado, já que o público alvo se atenta mais às condutas da empresa em face do discurso mundial da sustentabilidade.

Dessa maneira contatou-se o nascimento de uma nova postura empresarial, comandada pela Responsabilidade Social, conceituada por Estigara, Pereira e Lewis (2009, p. 10), como:

A postura da empresa, norteadas por ações que contribuem para a melhoria da qualidade de vida da sociedade, realizadas em decorrência da atenção proporcionada aos interesses das partes com as quais interage (*stakeholders*), como acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, comunidade, governo, a fim de, por meio de sua atividade, satisfazê-los.

Diante das novas exigências incorporadas pelo conceito da responsabilidade social empresarial, a empresa é impelida a cumprir suas finalidades nas dimensões econômica, social e ambiental, nos espaços internos e externos.

O *World Business Council for Sustainable Development*, em português, Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, é uma associação global liderada por dirigentes de cerca de 200 empresas, que atua exclusivamente na relação entre empresas e desenvolvimento sustentável. O Conselho oferece uma plataforma para que as empresas explorem o desenvolvimento sustentável, compartilhem conhecimento, experiências e as melhores práticas, e advoga posições empresariais sobre essas questões em uma variedade de fóruns, trabalhando junto a governos e a organizações não-governamentais e intergovernamentais.

Os membros do WBCSD (2013) são provenientes de mais de 36 países e 22 importantes setores industriais. O Conselho também se beneficia de uma rede global de cerca de 60 Conselhos empresariais nacionais e regionais e parceiros regionais. O WBCSD (2013) propôs em 1988 os elementos caracterizadores da responsabilidade social das empresas:

Responsabilidade social corporativa é o comprometimento permanente dos empresários de adotar um comportamento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico, simultaneamente, a qualidade de vida de seus empregados e de seus familiares, da comunidade local e da sociedade como um todo.

De modo conceitual, para Patrícia Almeida Ashley (2005, pp. 6-7):

[...] a responsabilidade social pode ser definida como o compromisso que uma organização deve ter com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela. A organização, nesse sentido, assume obrigações de caráter moral, além das estabelecidas em lei, mesmo que não diretamente vinculadas a suas atividades, mas que possam contribuir para o desenvolvimento sustentável dos povos. Assim, numa visão expandida, a responsabilidade social é toda e qualquer ação que possa contribuir para a melhoria da qualidade de vida da sociedade.

Na visão de Fábio Risério Moura de Oliveira (2002, p. 204):

É a inserção da empresa na sociedade como agente social e não somente econômico. Ter responsabilidade social é ser uma empresa que cumpre seus deveres, busca seus direitos e divide com o Estado a função de promover o desenvolvimento da comunidade; enfim, é ser uma empresa cidadã que se preocupa com a qualidade de vida do homem em sua totalidade.

Além da geração de riquezas, insta salientar que as empresas devem voluntariamente aceitar suas responsabilidades para com a sociedade, conforme preleciona Domingo García-Marzá (GARCÍA-MARZÁ, 2004). Para ele a empresa deve reconhecer que não é um instrumento neutro, ditada somente a atuar em conformidade com a lei em benefícios especificamente privados, mas uma realidade social que responde à consecução de determinadas tarefas e objetivos sociais, devendo assumir a responsabilidade pelo cumprimento de tais fins.

Desta feita, a responsabilidade social corporativa ou empresarial é uma realidade moderna. A exigência dos novos tempos fez nascer as empresas socialmente responsáveis, que são aquelas que não visam somente o lucro a qualquer custo e sim o lucro com eficiência que é resultado empresarial a partir de ações de sustentabilidade. Responsabilidade empresarial significa gestão proba, atitudes éticas de integridade no meio corporativo, condutas que não podem ser esquecidas no relacionamento com a administração pública.

7. UMA REDE EMPRESARIAL ÉTICA E DE SOLIDARIEDADE PARA PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO

Distante da tese aqui defendida se encontra o país brasileiro, aonde se vislumbram exemplos diários de como indivíduos carecem de valores éticos, morais e sociais aproveitando-se de cargos e privilégios para praticar a Irresponsabilidade Social, nas relações público-privadas.

A atuação do Estado quando se relaciona com a iniciativa privada e do terceiro setor há de ser ainda mais zelosa, íntegra e transparente, sob pena de inviabilização de tais procedimentos, maculando a real finalidade de proporcionar qualidade de vida a toda a população.

Pelo setor privado exercer poderio cada vez maior na sociedade contemporânea, é que se coloca o desafio deste estudo em coibir a corrupção nos negócios, acima de tudo aqueles que envolvem a administração pública.

Como demonstra o Relatório Global de Corrupção (RELATÓRIO..., 2009, pp. 1-2), a corrupção atinge níveis alarmantes no setor de negócios, manifestando-se em pauta central de discussão seja nos países em desenvolvimento, emergentes ou industrializados. Sendo assim:

É um problema para grupos de empresas de grande porte, empresas familiares e empreendedores individuais. Somente nos países em desenvolvimento e em transição, calcula-se que políticos e funcionários do governo corruptos recebam de US\$ 20 a 40 bilhões em propinas por ano – o que equivale a aproximadamente 20% a 40% do subsídio oficial para o desenvolvimento.

[...]

O suborno de funcionários públicos para ganhar contratos públicos, esquivar-se regulamentos ou agilizar os processos é uma preocupação central e constante. O seguinte exemplo mostra como o suborno prevalece. Em uma pesquisa realizada pela Transparency International em 2008 com mais de 2.700 executivos do setor empresarial em 26 países, quase dois quintos informaram que no ano anterior lhes havia sido exigido o pagamento de suborno durante contatos com uma série de instituições que oferecem serviços essenciais para o setor de negócios, como autoridades alfandegárias e fiscais, a Justiça, a polícia, departamentos de registro e alvará, ou provedores de serviços básicos. Em outra pesquisa com mais de 1.000 executivos, quase um quinto alegou ter perdido oportunidades de negócios devido ao pagamento de propina por um concorrente, e mais de um terço tinha a impressão de que a corrupção estava aumentando.

A corrupção no seio empresarial inclui manipulação de contas de dados,

uso de informação privilegiada, fraudes em contratações, o suborno comercial, exercer influência para esquivar-se de leis e fiscalizações regulatórias, etc.

As tentativas de combater a corrupção empresarial e fortalecer a moralidade corporativa, sobretudo em negócios relacionados com o Estado, resumem-se tradicionalmente em éticas empresariais, códigos de conduta, e mecanismos de governança corporativa, incluindo a proteção das pessoas que informam sobre atividades ilegais, a informação pública e o papel crescente de investidores no incentivo à integridade empresarial (RELATÓRIO..., 2009, p. 7).

Uma iniciativa exemplar é do Cadastro Nacional de Empresas Comprometidas com a Ética e a Integridade (Cadastro Pró-Ética), ação lançada em 9 de dezembro de 2010 por uma parceria realizada entre o Instituto Ethos e a Controladoria-Geral da União, que representa um marco inovador nas relações entre Estado, o setor privado e a sociedade.

O objetivo do projeto é consolidar e divulgar nomes das empresas que adotam voluntariamente medidas reconhecidamente desejadas e necessárias para que se crie um ambiente de integridade e confiança nas relações público-privadas. Visa ainda a conscientização das empresas para assumirem seu papel relevante na prevenção e enfrentamento à corrupção, em defesa de relações socialmente responsáveis (EMPRESA PRÓ-ÉTICA, 2013).

A parceria surgiu pela necessidade de reação ao alto custo social, político e econômico gerado pela corrupção, e pago, de uma maneira ou de outra, pela população, pelos governos e pelas próprias empresas. A ação também trabalha no sentido de promover outras campanhas do gênero, como a Empresa Limpa e o Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção, lançado em 2006 e assinado por mais de 500 empresas (PARCERIA CGU E ETHOS, 2013).

Para se cadastrarem as organizações, independente do porte, devem possuir uma relação de ferramentas que irão preveni-la internamente, ao exemplo de Códigos de Conduta, políticas de auxílio ao poder público no combate à lavagem de dinheiro, sistema de controle interno e auditoria, entre outros (EMPRESA PRÓ-ÉTICA, 2013).

Como o cadastro não é obrigatório e não gera direitos a nenhum custo, a empresa que adere ao cadastro acaba assumindo publicamente e de modo voluntário, perante o governo e a sociedade, de que adota medidas para prevenir e combater a corrupção, em favor da ética nos negócios.

Eis que o ingresso da empresa em um ambiente sustentável exige dela a adoção de estratégias que a coloquem em posição paradigmática de ética empresarial. Para tanto, além de cumprir os deveres jurídicos, deve participar de uma rede em favor da sustentabilidade em sentido econômico, ambiental e social.

A integridade empresarial sustentável e eficiente depende de uma rede fina de controle recíproco. Quanto melhor cada um dos interessados cumprir

seu papel nesse sistema de integridade empresarial, mais fácil será para outros fazerem o mesmo e, na mesma medida, a corrupção no setor empresarial será desencorajada e coibida – ou, pelo menos, detectada e punida (RELATÓRIO..., 2009, p. 8).

Tal postura é possível na medida em que poderá tomar atitudes com seus *stakeholders*, inclusive, formando uma rede para a prevenção e combate à corrupção nas relações público-privadas no Brasil.

O Congresso brasileiro, por meio da aludida Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013), em seu Art. 22, cria no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que tem por objetivo reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, todas as esferas de governo reunidas no combate à corrupção.

Há avanços significativos por meio desta lei quando impõe, nos termos do Art. 23, ao Executivo, Legislativo e Judiciário a atualização do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, regulamentado por meio da Portaria nº 516 de 15 de março de 2010, da Corregedoria-Geral da União - CGU. Este cadastro tem por finalidade reunir e divulgar o nome das empresas ou profissionais que sofreram sanções nos termos da Lei de Licitação. O acesso a tais informações estão em rede (CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS - CEIS, 2013), permitindo o acesso ao setor público e privado.

Neste sentido pode-se afirmar que o Brasil atende as expectativas da ONU em relação ao Pacto Global e está entre os países que tem instrumentos normativos e de fiscalização para exigir das empresas, no mínimo, uma ética jurídica.

CONCLUSÃO

O combate a corrupção nos termos do Princípio que compõe o Pacto Global deve ser um dever do Estado, das empresas e da sociedade civil. O Brasil, conforme apresentado nesta pesquisa pode ser bem avaliado, pois há inúmeras leis que descrevem condutas como crime e outras como infração sob o manto da corrupção. Estas condutas estão presentes nos negócios públicos e privados, destacando-se o suborno nacional e transnacional, ou qualquer outro tipo de facilitação que envolva vantagem indevida a funcionário público, sendo apenas pelo Código Penal nos crimes de corrupção ativa, passiva e concussão.

A Lei de Licitações (BRASIL, Lei nº 8.666/93) também faz alusão a comportamentos penalmente reprováveis, praticados por pessoas jurídicas em processos licitatórios, como o superfaturamento, o acordo prévio e o direcionamento de licitação. Ainda tratou-se das ações praticadas contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, a exemplo do “caixa dois”, a sonegação fiscal. Em sequência vislumbrou-se o amparo criminal dado à lavagem de dinheiro e, nos casos de enri-

quecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou ainda, violação de princípios que orientam a administração pública, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992).

Recentemente, em agosto de 2013, o Estado brasileiro passou a contar com Lei nº 12.846 (BRASIL, 2013), que entrará em vigor no início de 2014, sendo conhecida como Lei Anticorrupção, que inova ao possibilitar a responsabilização não só dos agentes criminosos, mas também das pessoas jurídicas, que responderão objetivamente, nas esferas civil e administrativa, pela prática de qualquer ato de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Além deste aspecto repressivo, há iniciativas que, por meio de cadastro privados e públicos, poderão combater preventivamente este mal crescente que é a corrupção. Cite-se como exemplo os cadastros público Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, que obrigam a participação dos órgãos do Legislativo, Executivo e Judiciário nesta rede pela ética empresarial e dos agentes públicos.

A esperança na prevenção é reforçada tendo em vista não somente a positividade do princípio da transparência, mas, também, da tecnologia que permite acesso por meio eletrônico da preciosa informação sobre a conduta das empresas que ainda não entenderam a importância de relações de boa-fé.

O combate à corrupção no domínio econômico é um desafio e leva à necessidade de relações comerciais éticas, principalmente quando ligadas ao Estado em face dos princípios fundamentais da moralidade e probidade na Administração Pública e da possibilidade de ser vivenciado pela sociedade brasileira um ambiente real de sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Maria Cecilia Coutinho de; WHITAKER, Maria do Carmo; RAMOS, José Maria Rodriguez. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*. São Paulo: Atlas, 2003.

ASHLEY, Patrícia Almeida. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. *Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AUBIN, Emmanuel. *Droit de La Fonction Publique*. Paris: Gualino Éditeur, 2001.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 15.03.2013.

BRASIL, Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acessado em: 06.09.13.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 06.09.13.

BRASIL, Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acessado em: 06.09.13.

BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.html. Acessado em: 06.09.13.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acessado em: 06.09.13.

BRASIL, Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acessado em: 06.09.13.

BRASIL, Lei nº 10.467/02, de 11 de junho de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm. Acessado em: 06.09.13.

BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acessado em: 06.09.13.

BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acessado em 06.09.13.

CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS – CEIS. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/ceis/Consulta.seam>. Acessado em: 06.09.13

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DE JESUS, Damásio. *Crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997.

ESTIGARA, Adriana; PEREIRA, Reni; LEWIS, Sandra A. L. Barbon. *Responsabilidade social e incentivos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2009.

EMPRESA PRÓ-ÉTICA. Disponível em: http://www3.ethos.org.br/conteudo/projetos/em-andamento/empresa_pro_etica/#.UziwzasgS9. Acessado em: 06.09.13

FREEMAN, R. Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman 1984.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial: do diálogo à confiança na empre-*

sa. Pelotas, Educat, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La Ética em La Administración Pública*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. Niterói: Impetur, 2009.

PACTO GLOBAL. Disponível em <http://www.pactoglobal.org.br/dezPrincipios.aspx>. Acessado em: 06.09.13.

PACTO NO BRASIL. Disponível em <http://www.pactoglobal.org.br/PerfilSignatarias.aspx>. Acessado em: 06.09.13.

PARCERIA CGU E ETHOS. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/empresaproetica/parceria-cgu-ethos/index.asp>. Acessado em 06.09.09.

RELATÓRIO GLOBAL DE CORRUPÇÃO 2009. A corrupção e o setor privado. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/conferenciabrocde/arquivos/Portugues-Relatorio-Global-de-Corrupcao-2009.pdf>. Acessado em 06.09.09.

SAVITZ, Andrew W; WEBER, Karl. *A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SIMONETTI, Eliana. Pintou sujeira. Revista Veja, n. 1622, Editora Abril, 03.nov.1999. Disponível em <http://veja.abril.com.br/031199/sumario.html>. Acessado em 06.09.13.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2006.

WBCSD - World Business Council for Sustainable Development, Disponível em: <http://www.wbcd.org/home.aspx>. Acessado em 06.09.2013.

WHITAKER, Maria do Carmo. *Aspectos morais e éticos: depoimentos e experiências*. São Paulo: DVS Editora, 2007.

8

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O COMEÇO DE UMA NOVA HERMENEUTICA

The new code of civil procedure and the Constitution of 1988: the start of a new hermeneutics

BRUNO CEREN LIMA

Advogado, Pós graduado em direito processual civil pela UEL/Londrina, Mestrando em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília/SP. E-mail: bruno.ceren@hotmail.com.

LUCAS EMANUEL RICCI DANTAS

Advogado, Bolsista CAPES no Programa de Mestrado em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília/SP. E-mail: lucasrdantas@gmail.com.

RECEBIDO EM: 01.08.2013

APROVADO EM: 31.08.2013

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo, iniciar uma discussão sobre o novo código de processo civil e as possíveis mudanças que com ele aconteceu na prática jurídica, entendendo que tais mudanças servem para efetivar a cidadania no Brasil e dar maior credibilidade a justiça, nesse diapasão estuda-se a emancipação que deve ocorrer na sociedade em relação aos direitos sociais e individuais de cada cidadão, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais do atual estado democrático de direito. Para tal estudo foi utilizado uma metodologia descritiva-bibliográfica, na qual buscou-se o melhor entendimento da aplicação constitucional dentro do processo civil. Visando a efetividade da celeridade e da eficiência bem como os demais princípios administrativos contidos no artigo 37 da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSTITUIÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CIDADANIA. A REVOLUÇÃO DOS BICHOS.

ABSTRACT

The present work aims to initiate a discussion on the new code of civil procedure and the possible changes that happened with him in legal practice, it being understood that such changes serve to commit citizenship in Brazil and give greater credibility to this tuning fork justice studied the emancipation that must occur in society in relation to social and individual rights of every citizen ensuring the effectiveness of the constitutional principles of the current democratic State of law. For this study we used a descriptive-bibliographic methodology, in which was the better understanding of constitutional application within the civil process. Aiming at the effectiveness of speed and efficiency as well as other administrative principles contained in article 37 of the Constitution.

KEYWORDS: THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE. THE CONSTITUTION. THE FEDERAL CONSTITUTION. CITIZENSHIP. THE REVOLUTION OF THE ANIMALS.

SUMÁRIO: 1. A hermenêutica constitucional aliada ao processo civil. 2. A revolução dos bichos sob a ótica de Paulo Freire na pedagogia do oprimido. 3. Análise do novo código de processo civil. 4. O novo código de processo civil: a necessidade de reestruturação do sistema judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo trazer a discussão as mudanças que acontecerão no ordenamento jurídico com a entrada em vigor do novo código de processo civil, visualizando uma nova credibilidade a justiça morosa que se instaurou no Brasil.

Para isso é necessário uma releitura do livro “A Revolução dos Bichos” no qual se parafraseia a ideia da desopressão dos bichos com a desopressão da população que volta a acreditar na justiça e buscar por meio de vias judiciais a efetividade dos seus direitos.

Notadamente, o novo código de processo civil apresenta uma nova hermenêutica jurídica, ou melhor reinterpreta pois, já é pautado desde a Constituição os princípios administrativos que devem reger os órgãos públicos, bem como o judiciário, como por exemplo, a celeridade e a eficiência.

Em um segundo momento se avalia a operacionalização dos tribunais e as possíveis modificações que devem acontecer para a população voltar a dar crédito ao judiciário. Dentro deste aspecto faz alusão também ao número de processos existentes hoje no STF.

Para o atual estudo foi realizado uma metodologia descritiva-bibliográfica, na qual pode se coletar dados pertinentes ao tema abordado.

1. A HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL ALIADA AO PROCESSO CIVIL

Os desafios lançados pela Constituição de 1988 no mundo jurídico foram muitos, apesar que desde a Carta de 1934 que sofreu inclinações da República de Weimar (Bonavides, 2002) o caminho para um estado democrático de Direito vem sendo aberto, o qual só se consolidou em 1988.

A entrada dos Direitos humanos e conseqüentemente institucionalização da dignidade da pessoa humana, a constituição se obriga a garantir cidadania a todos, ora os direitos humanos são indivisíveis compondo: direitos sociais, políticos e econômicos (Piovezan, 2010).

Logo o cidadão para se sentir respeitado em sua dignidade, deve ter noção de pertencimento no estado em que vive, não dando descrédito a função jurídico política do país, tendo em vista que este país se denomina democrático. “Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria com o *status* de cidadania uma nova dimensão da *solidariedade* mediada juridicamente.”(Habermas, 1997).

A concepção de cidadão dentro do ordenamento jurídico, torna possível a inclusão das minorias e a especificação do sujeito de direito. A Constituição de 1988 abre espaço para participação da sociedade no direito, sobre isso Habermas (1997, p. 135) leciona:

O Estado constitucional democrático, de acordo com a idéia que o sustenta, é uma ordem desejada pelo próprio povo e legitimada pelo livre estabelecimento da vontade desse mesmo povo. Segundo Rosseau e Kant, os destinatários do direito devem entender-se como seus próprios autores.

A mudança constitucional ocorrida em 1988, trouxe aspectos mais do que relevantes para formação do estado democrático, entretanto os códigos normativos são anteriores a 1988, excetuando o Código Civil e o de Defesa do Consumidor. A mudança pretendida pela Pls nº 166 que institui o Código de Processo Civil chega em boa hora, pois o enxugamento de atos jurídicos e uma maior celeridade da justiça dá credibilidade ao cidadão que utiliza e busca uma resposta adequada do judiciário.

É de se lembrar que surgiu em 1990 os direitos difusos e coletivos com a edição do Código de Defesa do Consumidor, o que deu ensejo também a Lei da Ação Civil Pública (Mazzlli, 2006). Essas alterações vieram coadunar com a nova ordem constitucional que já previa liberdade de associação, a igualdade perante a lei, entre outros dispositivos, cabe ressaltar ainda que o direito da pessoa com deficiência, o direito dos índios, das crianças, também foram especificados e reconhecidos pela nova Carta Magna.

A nova mudança processual da base a efetivação de direitos e o sentimento de respeito do cidadão em sua dignidade, já se passou o tempo em que a justiça deve ser desacreditada por ser morosa e sim a justiça deve garantir o atendimento do cidadão em todas as suas demandas, pois isso também é ordem constitucional. Habbermas (1997, pp. 253-254.) explica:

A medida que a formação política da opinião e da vontade dos cidadãos orienta-se pela idéia da efetivação de direitos ela certamente não pode ser equiparada a um alto-entendimento ético-político como bem sugerem os comunitaristas; más o processo da efetivação de direitos esta justamente em contextos que exigem curso de alto-entendimento como importante elemento da política – discussões sobre uma concepção comum do que seja bom e sobre qual a forma de vida desejada e reconhecida como autentica.

Um sistema processual mais célere envolve justamente o uso da justiça para se buscar o que é bom e conseqüentemente a participação democrática de todos que estão abarcados pelo estado, ocorre então uma emancipação e uma desopressão quando se da acesso a uma justiça célere e participativa para todos os cidadãos.

A Pls nº 166 vem como resposta a nova ética político jurídico constitucional, que permeia valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade e dos demais princípios no campo jurídico como um todo, valendo prevalecer os princípios administrativos consagrados no caput do artigo 37 da Constituição Federal que são, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O novo processo civil visa garantir a eficiência, a moralidade dos aplicadores do direito a publicidade dos seus atos, e tudo que demande uma postura ética frente a sociedade.

A partir destes aspectos começa uma redemocratização do direito no Brasil e uma participação ativa da sociedade na ordem jurídica, se concluindo pensamento de Rousseau (1983, p. 83).

Suponhamos que o estado seja composto de dez mil cidadãos. O soberano não deve ser considerado senão coletivamente e em corpo. Cada partícula, mas cada cidadão privado, na qualidade de súdito, é considerado como um individuo. Assim o soberano está para o súdito na proporção de dez mil para um, isto é, cada membro do estado possui a décima milésima parte da autoridade soberana, embora esteja todo inteiro a ela submetido [...].

O crédito no processo rápido e na resposta correta da justiça junta com a idéia de Habbermas o pertencimento do cidadão ao estado e, como já dito o reconhecimento da sua dignidade materializada em direitos civis, econômicos e políticos. Rousseau explica ainda que toda democracia é composta de tensões (Rousseau 1983), nada é constante e tudo deve ser dinâmico, por isso não se pode admitir uma

ordem processualística anterior a constituição e também ao código de direito material, no caso o Código Civil de 2002.

Em toda sociedade tem-se um sistema de vigilância, que Foucault (1996) chama de *panoptimismo*, baseado em um edifício em forma de anel com uma torre de vigia ao meio, quem está na torre enxerga a todos, quem está nas celas que compõem o anel não enxerga quem está na torre. Foucault (2006, p. 87) leciona:

O Panopticon era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto pra o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas, havia segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura, etc, [...] O panopticon é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos - utopia que efetivamente se realizou. Esse tipo de poder pode perfeitamente receber o nome de panoptismo. Vivemos em uma sociedade onde reina o panoptismo.

A abertura para um processo civil mais célere, é uma tentativa de quebra da vigilância proposta, que se configura nas intermináveis causas hoje existentes no judiciário formando um abismo entre a sociedade e o judiciário, devido a um desalinhamento do direito processual com o direito constitucional.

No tópico abaixo se verá uma releitura da Revolução dos Bichos explicada pela Pedagogia do Oprimido, demonstrando que uma mudança processual atual é uma revolução para uma maior emancipação do povo brasileiro na busca da efetividade de seus direitos por meio de um processo justo e célere.

2. A REVOLUÇÃO DOS BICHOS SOBA A ÓTICA DE PAULO FREIRE NA PEDAGOGIA DO OPRIMIDO

A Revolução dos Bichos livro de George Orwell, é uma historia que fala de uma granja, na qual o proprietário Sr. Jones, usava do trabalho dos animais oprimindo-os sendo que o porco Major em seu primeiro discurso (2003, p. 12) disse:

Então, camaradas, qual é a natureza desta nossa vida? Enfrentemos a realidade: nossa vida é miserável, trabalhosa e curta, recebemos o mínimo alimento necessário para continuar respirando, e os que podem trabalhar são exigidos até a ultima parcela de suas forças; no instante em que a nossa utilidade acaba, trucidam-nos com hedionda Crueldade. Nenhum animal na Inglaterra, sabe o que é felicidade ou lazer após completar um ano de vida. Nenhum animal, na Inglaterra, é livre. A vida do animal é feita de miséria e escravidão: Essa é a verdade nua e crua.

A indignação de Major é com a mesmice de suas vidas, e o não respeito a sua dignidade e de seus companheiros. Após a sua morte os bichos resolvem fazer a revolução, expulsam o Sr. Jones e transformam a ‘granja do solar’ na “granja dos bichos’. Entretanto logo percebem que precisam se organizar, pois “admite-se, no entanto, que onde existe sociedade existe poder” (Araripe, 2012).

Com base nisso os porcos Bola de Neve, Garganta e Napoleão se tornam líderes, porque sabem ler e escrever, e instituem o animalismo, que são 7 mandamentos éticos fundado na preservação dos animais. Reconhecendo dessa maneira a dignidade dos “animais” sob a concepção jusnaturalista, ou seja, inerente a eles (Sarlet, 2009).

A grande questão é que os porcos que antes eram oprimidos, viraram opressores, retendo o conhecimento e justificando ser tal situação boa, sempre com a justificativa de não ter o Sr. Jones. Sobre isso Paulo Freire (1984, p.33) explica:

Há algo, porém, a considerar nessa descoberta que está diretamente ligado a pedagogia libertadora, é que quase sempre num primeiro momento desse descobrimento, os oprimidos, em lugar de buscar a libertação, na luta e por ela, tendem, a ser opressores também, ou sub opressores. A estrutura de seu pensar se encontra condicionada pela contradição vivida na situação completa, existencial, e que se “formam”. O seu ideal é realmente ser homem, mas para eles, ser homem na contradição em que sempre estivera e cuja superação não lhes está clara, é ser opressores. Estes são o seu testemunho da humanidade.

A situação em que os próprios líderes se encontram, principalmente depois da expulsão de Bola de Neve, é uma situação que volta a condição de opressores, entretanto, os animais não conseguem sair dessa dualidade pois acreditam ser esse o único modo de vivência e são assombrados pelo medo da volta do regime anterior o Sr. Jones.

A nova ordem processual civil deverá tender à desoprimir a população brasileira que atualmente atribui a justiça o descrédito por causa de sua morosidade, buscando maior celeridade com o enxugamento de atos que arrastam um processo por longo tempo e a efetivação de princípios constitucionais processuais dentro do processo civil como será visto adiante.

Na revolução dos bichos a ameaça da volta do humano, que figura no caso como opressor, impede a descoberta dos bichos de uma verdadeira liberdade, pois “Quando descobrem em si o anseio por libertar-se percebem que este anseio somente se faz concretude na concretude de outros anseios:” (Freire, 1983).

Alguns animais, como a vaca mimosa, se sentia no dever de lealdade para com Jones, portanto preferiam a condição de estabilidade que obtinham, mesmo sendo explorados pelo opressor (Orwell, 2003) .

A nova sistemática processual visa garantir acesso a justiça a uma gama maior de pessoas, ampliando a rede agrafa como diz Habbermas, criando uma justiça que responda aos anseios da sociedade, abrindo os caminhos para processo constitucional civil, ou seja, um processo digno.

A necessidade de um novo ordenamento processual civil, se justifica, para libertação da ideia popular de que a justiça não funciona, mostrando que esta é mola propulsora de conquistas sociais, sejam por revoluções ou por entraves litigiosos que redundem em uma alteração legislativa em prol da sociedade, emancipando-a e conferindo um status de cidadão a cada pessoa.

Notadamente, o que ocorre na fazenda do Sr. Jones é a busca dos direitos da população convivente, que foi suprimida pela autoridade imposta, movimento parecido com os da atualidade e que se coadunam com a “Luta pelo Direito” proposta por Iehring, baseado no amor e na pujança de se fazer valer os direitos individuais e sociais. Nesse sentido (Iehring, p. 51, 2008). “Em verdade, trata-se, no terreno do direito privado, de uma luta do direito contra a injustiça, de um combate de toda nação, em que todos deve achar-se estreitamente unidos.”

A nova ordem processual civil demonstra, mesmo que apertadamente, a ideia de um panorama jurídico com maior credibilidade entre a sociedade, se pautando em enxugamento de atos, encurtamento de prazos, fiscalização, entre outras coisas, que será analisado no próximo tópico.

Entretanto ainda há que se observar, que o novo código processual civil, chega em um momento – muito oportuno – visto que, reforça a ideia da participação social na busca de resultados justos e éticos pelo estado, sobre isso Iehring (pp. 50-52, 2008) expõem:

O direito não será letra morta e realizar-se-á, no primeiro caso, se as autoridades e os funcionários do estado cumprirem com o seu dever, no segundo, se os indivíduos fizerem valer os seus direitos. [...] Portanto, cada um esta encarregado, na sua posição, de defender a norma jurídica quando se trata do Direito Privado, porque todo homem está encarregado, de, guardar e de fazer executar as disposições legais.

O novo código de processo civil, junta as duas funções, impondo aos funcionários do judiciário sua operacionalização, visando um serviço com maior eficiência e a população a fiscalização dos atos deste mesmo órgão. Logo se vê que uma justiça mais rápida da esperança a população que da mesma não se utiliza devido a sua demora, e traz o sentimento social da busca de justiça concretizando a luta pelo direito.

O ocorrido em a “Revolução dos Bichos” em sua primeira parte foi justamente o movimento que hoje ocorre no país, que vem sendo ratificado pela aprovação do novo código de processo civil, trazendo uma nova chama de justiça e um

novo pensar por parte do direito, que procura não mais deixar fóruns e tribunais abarrotados de processos e sim trazer uma resposta rápida aos litigantes, como medida de efetivação da democracia. Para melhor entendimento abordaremos no próximo tópico as mudanças legais que a PL 166/2010 traz ao ordenamento jurídico como um todo.

3. ANÁLISE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As nuances do projeto do novo Código de Processo Civil, atrelados a evolução vivenciada pela sociedade no estado democrático de direito, buscam de maneira concisa, aliar a celeridade do processo, com propósito de tornar efetivo pontos fundamentais declinados na lei vigente.

As mudanças vivenciadas desde o advento do atual código de processo civil, em vigor desde que sancionada a lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, demonstram a necessidade de atualização das normas.

Como oportunamente apresentado, a nova sistemática processual visa um caminho mais célere para processo processual civil, um processo digno respaldado no princípio constitucional da razoabilidade, previsto na emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Com as nuances da emenda constitucional 45, consagrou-se o princípio da razoabilidade como um dos princípios corolários do poder judiciário, seguindo o previsto no pacto de San José da Costa Rica, que menciona em seu art. 8º a garantia da tramitação em tempo razoável do processo.

Tal advento está previsto nos direitos e garantias fundamentais, artigo 5º, inciso LXXVIII, que estabelece que se garanta a tramitação de forma razoável ao processo.

Porém, como é notório, o processo, nos moldes atuais, com a imensidão de recursos, formas e brechas, tem sua tramitação a passos de tartaruga, quando deveria ser mais efetivo, garantindo um julgamento em tempo razoável.

A situação vivenciada atualmente repele o cidadão de buscar seus direitos mais prementes, sob o argumento da morosidade judicial.

Splicido (2009, p.23) cita que “O acesso à justiça pressupõe liberdade positiva e, com efeito, capacidade e oportunidade de realização de um direito. Nessa perspectiva, ao Estado cabe não só proteger o cidadão, mas promover a efetividade dos seus direitos fundamentais”.

Na atual sistemática processual, em versos poéticos, cita-se a lição trazida pelo escritor e dramaturgo William Shakespeare, cuja sistemática se encaixada perfeitamente, posto que “[...] O tempo é muito lento para os que esperam [...]”.

A celeridade almejada está presente nos traços do novo processo civil, cujo objetivo é garantir a eficiência, declinando as formalidades trazidas pela vigente Lei processual, garantindo assim a efetividade aos princípios constitucionais galgados

no ordenamento jurídico pátrio.

Prevê o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

Sobre o tema, Silva (2013, p. 07) apresenta que:

Inúmeras reformas desde o advento do atual Código de Processo Civil vieram com fulcro de tornar o processo menos formal e mais efetivo, garantindo às partes não apenas o provimento jurisdicional que reconheça o seu direito, mas sim a real entrega do bem da vida postulado. Neste sentido, as Leis n. 11.419/2006 e 11.232/05 promoveram alterações substanciais no Código em questão, notadamente no que tange ao processo de execução mediante a consolidação do processo sincrético.

Portanto, o anseio popular e as reivindicações dos profissionais do Direito repercutiram de forma essencial, na busca pela tramitação célere, de modo a ser mais efetivo e menos formal, privilegiando a simplicidade da linguagem e da ação processual.

O anteprojeto prevê que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

As propostas de mudança presente no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010 se mostram essenciais, já que o Código Processual Civil opera abarrotado de reformas, na tentativa de se adaptar sociedade e os problemas enfrentados, barrados pelo excesso de formalidade, emperrando, muitas vezes, o andamento da demanda.

Portanto, um novo Código de Processo Civil se mostra necessário, sob os aspectos técnico e funcional, como já exposto, em razão das inúmeras reformas inseridas, com o intuito de modernizar e simplificar os procedimentos.

Emancipar os direitos do cidadão, respeitando os princípios constitucio-

nais é o objetivo primordial do Código em destaque.

É essencial destacar que o novo Código de Processo Civil está fundamentado nos princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna de 1988, bem como no contexto do Estado Democrático de Direito.

Marinoni (2010, p.60) segue tal entendimento ao citar que:

Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. O mesmo vale para o direito de defesa. Um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição.

Sobre esse aspecto, Cunha (2013, p. 31) mostra que:

O novo CPC insere-se no contexto do Estado Constitucional e encampa suas características. Como já restou demonstrado, o Estado Constitucional é, a um só tempo, Estado de Direito e Estado Democrático. Como Estado de Direito, o Estado Constitucional impõe observância aos princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica e confiança legítima.

Nesse sentido, o projeto do novo CPC reclama obediência aos princípios da legalidade e da isonomia. E, para assegurar isonomia, o projeto preocupa-se com a segurança jurídica, prevendo normas que estimulam a uniformização e estabilização da jurisprudência.

As mudanças no Código de Processo Civil, como já devidamente demonstrado no presente trabalho, busca a celeridade processual, além da valorização do princípio da razoabilidade na tramitação dos processos, trazendo para si uma população descrente na efetividade judicial.

No que tange a morosidade do processo, muito se salienta que algumas normas do Código de Processo Civil vigente não mais se coadunam com a realidade jurídica atual, citado pelo relator Deputado Paulo Teixeira em parecer da Comissão Especial sobre o Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, oriundo do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010):

Pelo fato de muitas das normas e a própria sistematização do CPC de 1973 não se afina mais à realidade jurídica tão diferente dos dias atuais, afigura-se necessária a construção de um Código de Processo Civil adequado a esse novo panorama. No particular, ilustremos os alguns pontos:

a) o novo CPC deve conferir ao Ministério Público tratamento adequa-

do ao seu atual perfil constitucional, muito distinto daquele que vigia em 1973. É preciso rever a necessidade de sua intervenção em qualquer ação de estado, exigência de um tempo em que se proibia o divórcio;

b) o CPC de 1973 não contém ainda disposições sobre a Defensoria Pública, o que deve ser considerado omissão inaceitável, notadamente tendo em vista o papel institucional por ela alcançado com a Constituição Federal de 1988;

c) no Brasil praticamente não existia a arbitragem em 1973. Atualmente, o Brasil é o quarto país do mundo em número de arbitragens realizadas na Câmara de Comércio Internacional. O CPC de 1973 pressupôs a realidade da arbitragem daquela época. É preciso construir um código afinado à nova realidade, para se prever, por exemplo, o procedimento da carta arbitral e instituir a possibilidade de alegação autônoma de convenção de arbitragem;

d) de haver previsão legal de um modelo adequado para disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica, instituto consagrado no CDC e no Código Civil e amplamente utilizado na prática forense, que também não foi objeto de previsão, ainda, no CPC atual; e) as sensíveis transformações da ciência jurídica nos últimos anos, com o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e do papel criativo e também normativo da função jurisdicional, que se confirma pelas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores, exigem nova reflexão sobre o CPC atual;

f) afigura-se necessário criar uma disciplina jurídica minuciosa para a interpretação, aplicação e estabilização dos precedentes judiciais, estabelecendo regras que auxiliem na identificação, na interpretação e na superação de um precedente;

g) o processo em autos eletrônicos é uma realidade inevitável, podendo-se afirmar que o Brasil é dos países mais avançados do mundo nesse tipo de tecnologia e que, em poucos anos, a documentação de toda tramitação processual no Brasil será eletrônica, devendo o CPC bem disciplinar essa realidade;

h) no plano social, as mudanças importantes que refletiram no acesso à justiça e na concessão da sua gratuidade, no progresso econômico, na incorporação ao mercado de grande massa de consumidores e na necessidade de resolução de demandas com multiplicidade de partes repercuram diretamente no exercício da função jurisdicional e ocasionaram aumento exponencial do número de processos em tramitação, realidade cujos problemas o CPC atual, ainda, não resolve completamente.

No parecer, é dito pelo Deputado relator que, a título exemplificativo, que

o Projeto visa garantir maior celeridade e efetividade aos processos de execução, ao trazer em seu parecer que “[...] É certo, todavia, que as modificações tópicas variadas que são nele propostas se direcionam a conferir mais celeridade e efetividade aos processos de execução”.

Contudo, ainda há receio dos profissionais do direito quanto a efetivação dessa celeridade apresentada, uma vez que para se garantir a razoável duração do processo, será necessário, além da implementação do Novo Código de Processo Civil, uma reestruturação no sistema judiciário, ampliando o número de servidores públicos e magistrados, posto que a demanda de processos é proporcionalmente altíssima em relação a quantidade de Juízes.

4. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO

Muito se tem elogiado quanto às mudanças previstas no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, além da implementação do sistema digital na tramitação processual.

Porém, observa-se que além do novo código de processo civil, será necessário existir uma reforma no sistema judiciário ante a crescente demanda e a baixa quantidade de recursos para agilizar o andamento dos processos.

Menciona Rinaldo Mouzalas “[...] somente uma boa legislação não tem o condão de resolver os diversos gargalos do Poder Judiciários e, por conseguinte, aumentar a celeridade processual.”

Segue também tal entendimento Ronnie Preuss Duarte, ao destacar a “[...] carência de meios materiais e humanos no Poder Judiciário”.

Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier, cita que a celeridade almejada na Justiça não será alcançada com a agilidade no rito do processo, mas sim por meio de um “Judiciário menos assoberbado”.

Fernando da Fonseca Gajardoni relaciona as deficiências estruturais entre outros fatores que acarretam a morosidade da Justiça:

A maioria das críticas que são dirigidas ao CPC (morosidade da Justiça, ineficácia das decisões judiciais etc.), na verdade, não são problemas seus. As deficiências estruturais e de gestão do serviço público de Justiça, a formação excessivamente formalista e contenciosa dos operadores do Direito, o mau funcionamento do contencioso administrativo, a inoperância de agências reguladoras com poderes efetivos de fiscalização e punição, entre outras, são causas que pouco tem a ver com o direito processual civil e, eventualmente, poderiam justificar mais algumas alterações na legislação já vigente. A distinção de tempo no julgamento entre as diversas unidades federativas do país demonstra como o mesmo Código pode ser mais ou menos efetivo.

As estatísticas demonstram a quantidade impressionante de processos no Tribunal de Justiça de São Paulo.

A Corregedoria Geral Da Justiça publicou, para ampla divulgação, a totalização do Movimento Judiciário de Primeira Instância, referente ao período compreendido entre 1º de Janeiro a 31 de Dezembro de 2012.

Observa-se que foram distribuídos 5.682.903 (cinco milhões seiscentos e oitenta e dois mil novecentos e três) novos processos, sendo que estão em andamento 19.772.773 (dezenove milhões setecentos e setenta e dois mil setecentos e setenta e três) processos.

As deficiências estruturais, falta de material humano e problemas na gestão do serviço público de Justiça acarretam a sobrecarga e, por conseguinte, a demora na tramitação da demanda.

Aliada com o excesso de formalidade apresentada, o Judiciário afasta-se cada vez mais de sua razão, que é desoprimir a população brasileira que atualmente atribui a justiça o descrédito por causa de sua morosidade.

O objetivo da reestruturação do processo civil deve ser cumulada também com uma reformulação do serviço judiciário, cuja pretensão é a de agilizar a tramitação das ações civis, a fim de trazer para si a população descrente, rasgando o véu opressor que repele a credibilidade da justiça, como forma de dar efetividade aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

O novo código de processo civil, tem por objetivo, dar maior participação a população dentro do judiciário, fazendo com que ocorra a emancipação dos indivíduos na busca dos seus direitos perante os órgão jurídicos.

Esse processo pode ser estudado a luz do que ocorreu no livro “A Revolução dos Bichos”, visando a força emancipatória que a abertura democrática da aos direitos individuais e sociais, dando maior crédito a justiça e postulando uma sociedade mais ética.

Vislumbra-se também que não há necessidade apenas de um novo código, mas é necessário uma melhor distribuição no judiciário, com a criação de novos cargos, com o objetivo de fluir melhor o andamento processual civil. Posto isso verifica-se que não basta apenas o enxugamento de atos e encurtamento de prazos mas uma modificação profunda tanto do código como esta ocorrendo, e também da maquina judiciária, para poder garantir dignidade aos cidadãos que buscam uma resposta jurídica .

Por tudo isso, conclui-se que o novo código de processo civil está alinhado com os princípios constitucionais, inclusive os que regem a administração publica, entretanto o novo diploma em questão é apenas o começo de uma reforma que só esta começando no judiciário, que tem por objetivo garantir a efetividade da cidadania no estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acessado em: 17.07.2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo, Malheiros, 2006;

CUNHA, Leonardo Carneio da. *Reflexões sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Curitiba, PR: CRV, 2013.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei 6.025, de 2005, ao projeto de Lei 8.046, De 2010, Ambos Do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código De Processo Civil” (Revogam A Lei No 5.869, De 1973)*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acessado em: 17.07.2013.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas* (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes). Rio de Janeiro: Nau, 2001.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A pressa e o projeto do novo CPC*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182166,51045-A+pressa+e+o+projeto+do+novo+CPC>. Acessado em: 21.07.2013.

HABERMAS, Jürgen, *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo. Loyola. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, D. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo. Damásio de Jesus, 2003.

MOUZALAS, Rinaldo. *Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei 6.025, de 2005, ao projeto de Lei 8.046, De 2010, Ambos Do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código De Processo Civil” (Revogam A Lei No 5.869, De 1973)*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra?codteor=1026407&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acessado em: 17.07.2013.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. São Paulo, Folha de São Paulo, 2003.

Pacto de San José da Costa Rica. Convenção Americana De Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acessado em: 18.07.2013.

PIOVEZAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo. Saraiva, 2010.

POZZOLI, Lafayette ; SPLICIDO, C. *Teoria Geral do Direito: Ensaio sobre dignidade humana e fraternidade*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. rev. atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

SHAKESPEARE, William. Disponível em: http://pensador.uol.com.br/autor/william_shakespeare/biografia/. Acessado em 17.07.2013.

SILVA, Nelson Finotti; Franzé, L. H. B.; Garcia, B. P. *Reflexões sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Curitiba, CRV, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Movimento Judiciário de Primeira Instância*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Corregedoria/Estatisticas/Default.aspx>. Acessado em: 17.07.2013

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Novo CPC busca garantir celeridade ao Judiciário. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI178992,81042-Novo+CPC+busca+garantir+celeridade+ao+Judiciario>. Acessado em: 17.07.2013

PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NA JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA*Effectiveness principal perspectives in contemporary jurisdiction***JÚLIA IZABEL BARRETOÉTINGER**

Graduanda do curso de Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT) de Aracaju/SE. E-mail juliaizabel@hotmail.com.

MARTHA FRANCO LEITE

Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT-Aracaju/SE), especialista em Direito processual e em Didática do Ensino Superior. E-mail: martha-franco@hotmail.com.

RECEBIDO EM: 01.08.2013

APROVADO EM: 30.08.2013

RESUMO

A análise da efetividade desenvolvida neste artigo tem o objetivo de delinear o atual panorama do Processo Civil Brasileiro. Urge definir o modo pelo qual a efetividade possa ser realmente aplicada na dinâmica processual, principalmente no que se refere às tutelas jurisdicionais concedidas. Para tanto, são expostas algumas situações que dizem respeito ao processo e esbarram na sua efetividade. Ao mesmo tempo, tratar sobre efetividade tem extrema pertinência no atual contexto de renovação do Processo Civil para que seja possível repensar o sentido do instrumento que é o processo. Tal investigação será traçada através dos estudos bibliográficos, abordando os conceitos clássicos necessários à compreensão do tema. Os novos enfoques também constituem elementos imprescindíveis neste estudo, pois com eles é possível repensar a efetividade processualística, sem descuidar dos avanços e das novas alternativas inerentes ao Direito Processual. O percurso pretendido é, inicialmente, a definição dos conceitos elementais para que se possa chegar à exposição das principais situações processuais que afetam a efetividade da Jurisdição e, principalmente, do processo. Com efeito, o resultado deste estudo comparativo servirá para traçar metas no aprimoramento do sistema processual, tendo como princípio norteador a efetividade dos institutos e dos procedimentos em apreciação.

PALAVRAS-CHAVE: EFETIVIDADE. JURISDIÇÃO. PROCESSO. TUTELA JURISDICIONAL. APLICABILIDADE.

ABSTRACT

The effectiveness analysis developed in this paper aims to delineate the Brazilian Civil Procedure current panorama. Urge to define the way in which the effectiveness can be actually applied in procedural dynamics, especially in what it refers to granted court custodies. For that, will be expose some procedure situations that concern the process and ran into their effectiveness. At the same time, we shall treat about how effectiveness has high pertinence in Civil Procedure nowadays renovation, so it will be possible rethink process as an instrument. This investigation will be track through bibliographic studies, approaching necessary classical concepts to this topic comprehension. In this work new approaches also establish indispensable elements, because with them it's possible rethink civil procedural effectiveness without ignore Procedural Law progresses and new alternatives. The path chosen is, initially, elemental concepts definition to reach the exposition of main procedural situations that affect the Jurisdictional effectiveness and mostly from process. As a matter of fact, this comparative study result will serve to set goals to improve procedural system having as northern principal the institutions and procedural effectiveness.

KEYWORDS: EFFECTIVENESS. JURISDICTION. PROCESS. COURT CUSTODY. APPLICABILITY.

SUMÁRIO: 1. O princípio da efetividade e a sua pertinência na sistemática jurídica. 1.1. O direito e a efetividade. 1.2. A efetividade com enfoque na tutela jurisdicional. 1.3. Necessidade da efetividade no mundo jurídico— base constitucional no direito brasileiro. 1.4. A efetividade no contexto processual. 2. Interferências da sistemática processual na efetividade jurídica. 2.1. A estrutura processual e o formalismo na atividade jurisdicional. 2.2. A consciência jurídica na aplicação do direito. 2.3. Inovação processual: motivos e repercussão na jurisdição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A análise contida neste trabalho tem como principal foco o princípio e instrumento que é a Efetividade dentro da processualística civil, pois discutir efetividade é buscar entender o meio pelo qual os institutos processuais atingem seus objetivos primordiais, algo imprescindível para o Direito. Portanto, faz-se uma exposição sobre o conceito de Efetividade no Processo Civil, as teorias que a circundam, bem

como seus desdobramentos, para que seja possível investigar com maior clareza a aplicabilidade deste princípio processual.

O problema principal está em definir de que modo a estrutura que envolve atualmente o processo atende eficazmente à efetivação e concretização das tutelas jurisdicionais. Neste contexto, grande parte do estudo está voltado para a análise de algumas situações em torno da processualística as quais inviabilizam a fiel aplicação do princípio da efetividade.

Este tema tem grande pertinência na sociedade contemporânea, pois trata de questão que está no centro das discussões processuais, uma vez que se delibera na esfera federal sobre a renovação do Código de Processo Civil. Assim, os olhares jurídicos se voltam para a aplicabilidade e finalidade dos instrumentos do processo e dentro deste contexto é relevante observar a aplicação da efetividade ao processo.

Não seria coerente concordar com a ideia de um instrumento do Direito que não alcançasse os objetivos desejados, nem foi este o desejo do legislador constituinte na Carta Magna ao indicar o processo como meio adequado para se obter uma tutela jurisdicional. É certo que o processo tem como intento trazer ao seio social a pacificação, sendo através dele possível tutelar, coibir e proteger determinados tipos de interesse. É necessário, portanto, que o meio de concretizar o Direito seja idôneo e possa trazer resultados de fato. A isso no mundo jurídico se denomina efetividade.

Com isto, busca-se trazer com este estudo uma percepção renovada do direito processual. Além das soluções momentâneas e alterações legislativas pontuais, é necessária a renovação do pensamento jurídico tanto do ponto de vista legislativo quanto das práticas dos operadores do Direito. Para tanto, a metodologia deste trabalho é baseada na revisão bibliográfica partindo dos registros doutrinários a respeito do tema estudado. A pesquisa está sustentada numa análise do que já foi escrito sobre o tema, mas também nas leis vigentes e nas próprias normas principiológicas das quais deriva o Princípio da Efetividade. Deste modo, com a análise conceitual do tema Efetividade busca-se definir quais os principais limites à sua aplicabilidade na processualística atual.

Enfim, embora o tema possua um número elevado de desdobramentos a pesquisa detém-se naquilo que se constitui como bloqueio à Efetividade processual.

1. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E A SUA PERTINÊNCIA NA SISTEMÁTICA JURÍDICA

O que é efetividade processual? Inicia-se a investigação partindo do conceito de efetividade e para isso é necessário entender tanto o sentido léxico do termo quanto aquele que se insere no mundo jurídico.

Numa análise do vocábulo efetivo, o Dicionário Aurélio (2004) traz a definição daquele adjetivo que determina a característica do que existe realmente, o que é verdadeiro, real, positivo. O termo advém do latim *effectivus* significando aquilo que é ativo ou que produz algo. Portanto, a palavra efetividade - uma derivação que

indica o estado das coisas - tem o condão de classificar algo que possui concretude, ou seja, existe e interfere diretamente no mundo real.

O conceito jurídico não se ajusta totalmente ao sentido vocabular do termo. Efetividade jurídica representa a capacidade de a norma ser atendida tanto pelos destinatários, quanto pelos aplicadores do Direito. É indispensável, então, o cumprimento por parte dos indivíduos daquilo que está prescrito no ordenamento para que se alcance a efetividade, elemento este que se correlaciona à eficácia (NADER, 2009, pp. 110-111).

Para uma melhor aplicação da norma ao caso concreto é fundamental entender de que tratam os conceitos principiológicos. Assim sendo, o positivismo jurídico é método esclarecedor porque delimita o objeto da investigação e esquadrinha os seus principais aspectos. Hans Kelsen, expoente desta linha teórica, consegue especificar o sentido do princípio da Efetividade dentro da constituição de uma norma. A sua definição para efetividade posiciona o preceito dentro no contexto do Estado. Daí a análise também estar relacionada com a Teoria do Estado, pois o autor entende que a efetividade é condição das regras que constituem o meio normativo social.

Os conceitos são bem delimitados por Kelsen (1997, p.233) na Teoria Pura do Direito, ao tratar sobre a chamada norma fundamental da qual provém os alicerces de observância da ordem legal pela sociedade. Ele explica, através do exemplo da tomada de poder num certo Estado, que a ordem jurídica (governo) eivada de efetividade será baseada em normas gerais e individuais. Nesse exemplo, os conceitos de validade e eficácia estão unidos ao que define como efetividade.

A norma fundamental refere-se apenas a uma Constituição que é efetivamente estabelecida por um ato legislativo ou pelo costume que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra aplicadas e observadas (KELSEN, 1997, p. 234) (grifou-se).

Portanto, a efetividade do Direito possui em torno de si outros caracteres que precisam ser observados. Contudo, os conceitos não se confundem e não possuem o mesmo significado. Exemplo disto é que a validade, aspecto inerente da efetividade, é apenas um dos elementos desta, não a constituindo por completo. E, como pressuposto da própria validade, encontra-se também a eficácia supramencionada, dos normativos:

Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento de validade. Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber porque

devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir em harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes (KELSEN, 1997, p. 236).

Os conceitos estão bastante intrincados, mas são sempre observados segundo a norma hipotética fundamental, a qual seria para Kelsen o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Deste estudo proposto pelo jurista, observando a norma dentro da organização do Estado, percebe-se que efetividade é o acolhimento dos preceitos pelos indivíduos, validade é o mesmo que observância e aplicabilidade e eficácia constitui um dos atributos da validade. A distinção não se apega ao aspecto friamente teórico, mas influencia sobremaneira na análise do ordenamento jurídico em meio à sociedade.

1.1. O DIREITO E A EFETIVIDADE

Qual seria o intuito de se obedecer às regras postas? Deste questionamento surge a necessidade de entender o que fundamenta o arcabouço jurídico e porque ele deve ser respeitado, ou seja, entender também sua validade. Chegar a este ponto corresponde ao início do percurso pelo qual se chega à efetividade.

A Constituição diz que o poder emana do povo (Art.1º, parágrafo único, CF/88), por isso as leis são meios de transcrição do poder através da representação popular. No panorama atual, por diversas vezes se percebe que a vontade popular nem sempre é redigida no texto legal, ou, se é, não consegue amparar e efetivar verdadeiramente os anseios da sociedade. Entretanto, isto não descaracteriza o aspecto formal do sistema de instituição das normas em geral. Respondendo à pergunta inicial, os indivíduos se submetem a estas normas, dentre outros fatores, porque desejam ver de fato atendidas as suas pretensões na sociedade, por isso a importância do ordenamento jurídico.

A partir do momento em que o Estado retira do indivíduo o poder de autotutela ele agrega para si a função de dirimir os conflitos e atender as demandas sociais. Cedida ao Estado a organização da sociedade, os seus representados pretendem receber deste ente uma resposta efetiva, seja nas leis, seja na resolução dos conflitos, seja na execução das tarefas a ele incumbidas. Consequentemente, o Direito como ciência normativa social e estatal tem como um dos seus objetivos tornar aquilo que é legislado cada vez mais efetivo, em termos de resposta aos cidadãos.

Neste sentido é que a efetividade possui tamanha importância. Não basta que o Estado agregue para si as funções de legislador, julgador e executor. Estas se tornam inócuas quando destituídas de concretude. Aplicabilidade, como explanado alhures, depende da eficácia e da validade no mundo jurídico e o Estado, como gran-

de protetor das garantias do cidadão, deve ter tais premissas como baliza. Observando esta situação, sobreleva que de nada vale um direito existente formalmente e que, por falta dos requisitos essenciais, inexistente materialmente.

1.2. A EFETIVIDADE COM ENFOQUE NA TUTELA JURISDICIONAL

O cidadão almeja ser concretamente atendido nas relações jurídicas que estabelece dentro do Estado, quer isto envolva uma litigiosidade, quer não envolva. No que toca ao aspecto jurisdicional, imprescindível é que no momento em que o Poder Judiciário é chamado à resolução dos conflitos ele esteja aparelhado com as ferramentas necessárias à melhor composição das controvérsias. A efetividade, nesse contexto é tomada como paradigma de atuação. A análise começa então a se voltar para a tutela jurisdicional e a forma como ela é operacionalizada.

A Jurisdição é o meio pelo qual o Estado exerce o seu poder de regulamentar as relações sociais que estão dissonantes do sistema legal vigente. Não existe qualquer nação que prescindida da atividade jurisdicional, porque na sociedade se compartilham diversos interesses que podem estar amparados por direitos ou não. Em algum momento, tais interesses podem colidir disto advém a importância desse poder Estatal. É seu papel regulamentar aquelas situações que geram um estado de desarmonia social, atingindo esferas de direitos.

Como exercício de um poder, o processo sofre influências as mais diversas, principalmente políticas.

O significado político do processo como *sistema aberto*, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores (DINAMARCO, 2002, p. 99).

Percebe-se, portanto, a importância da política dentro da Jurisdição, pois ela define os paradigmas norteadores da atividade judicante. Assim a política, que é considerada pelo autor como a “arte do possível”, seria um espelho da jurisdição que, ao tutelar, implica no favorecimento do interesse de um e sacrifício do de outro²³⁵.

Porém este entendimento é questionável ao se considerar que a busca da jurisdição é pela pacificação dos conflitos sociais gerando maior grau de satisfação possível entre as partes. É claro que algum dos litigantes verá atingida a sua pretensão oposta em juízo, entretanto isto não constitui fator motivador para que todos os litígios em juízo tenham sistemática semelhante a das possibilidades políticas. É

²³⁵ Ao utilizar o termo arte do possível, Dinamarco (2002, pp.100-101) se refere à jurisdição como um quadro de alternativas, o qual está à disposição do julgador que, em sua decisão, deve se pautar pela viabilidade, menor custo e maior eficácia.

inegável a influência do poder político, contudo a jurisdição se preocupa antes com a harmonia social, e isto envolve, casuisticamente, uma aplicação humanizada do ordenamento jurídico. Essa postura, por vezes, não é objeto da ação política, já que neste campo as questões tendem a uma repercussão geral, abstrata e quantitativa.

A efetividade da jurisdição, então, se volta para a compreensão de que o direito a ser aplicado ao caso é primeiramente aquele a ser aplicado ao indivíduo. Não se pode olvidar da influência que as escolhas sociais têm sobre a legislação em vigor, contudo a efetividade da norma não depende exclusivamente do plano geral e político. À frente do macro aspecto, a aplicação da norma na situação concreta e a escolha jurisdicional dependerão fundamentalmente da interpretação que é dada à estrutura teórica.

Logo, a atividade jurisdicional ao positivar um direito numa lide poderá ser efetiva ou não. A importância da avaliação dos principais fatores que envolvem a concessão de uma tutela jurisdicional está em observar o momento em que esta tutela deixa de ser efetiva, a fim de buscar soluções para o seu aperfeiçoamento.

Em tudo isto, a realização da harmonia social, objetivo primeiro da jurisdição, é farol para a efetividade da tutela jurisdicional. Mesmo que não seja possível alcançar a harmonia entre os sujeitos da lide, o empenho do Estado-juiz nesta tarefa faz parte do processo de efetivação dos direitos e da própria Jurisdição.

1.3. NECESSIDADE DA EFETIVIDADE NO MUNDO JURÍDICO— BASE CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

A efetividade, considerada como princípio, tem extrema importância no cenário jurídico, pois é paradigma que regulamenta a atuação jurisdicional. Tal princípio tem matriz constitucional porque advém de dois outros pilares para o direito processual instituídos na Carta Magna como direitos fundamentais: o Devido Processo Legal (art.5º, LIV, CF) e o Acesso à Justiça (art.5º, XXV, CF).

Devido Processo Legal é uma das principais garantias existentes no Direito. Esta norma se aplica a todo o ordenamento jurídico e visa resguardar os cidadãos do arbítrio do Estado e dos outros indivíduos que convivem no seio social. Hoje já se entende que este princípio tem aplicabilidade no campo do Direito Público, como também no das relações privadas. A partir disto, fica perceptível que este instrumento deve ser observado pelos vários ângulos da sistemática jurídica.

Tamãha é a sua aplicabilidade que o princípio se divide em dois aspectos: o formal, que está relacionado à questão da proporcionalidade, e o material que diz respeito ao aspecto estrutural das formas em si. A sua materialidade indica que não basta só a regularidade formal, pois o processo deve ser substancialmente razoável e correto. (DIDIER, 2009, p.38). De igual modo, esta premissa da forma é o que assegura a lisura do procedimento, a fim de que ele não sofra ingerências indevidas e nem esteja vulnerável às vontades que não se coadunam com o ordenamento jurídico

vigente. Segundo Tucci (*apud* DIDIER, 2009, p.38):

Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Estes caracteres supramencionados do princípio do Devido Processo Legal têm como consectários o Acesso à Justiça e a própria Efetividade. Daí porque, mesmo a Efetividade não sendo originada na Carta Magna, dela decorre, pois seus princípios informam e se manam da previsão constitucional.

Quanto ao princípio do Acesso à Justiça, este não busca apenas garantir aos indivíduos a capacidade de propor suas demandas. Primeiro porque a litigância em juízo por si só não é o fim desejado pelo cidadão que busca o Judiciário. Primordialmente, ele busca solucionar o seu conflito. Nem o litígio, nem a litigância em juízo são fins em si mesmos. Por isso, não se pode considerar que o acesso à jurisdição pura e simplesmente seja o fato desejado pelo jurisdicionado. Antes, o desejo é de que a resolução da sua demanda seja procedida de forma efetiva. Isto sim é o verdadeiro acesso à jurisdição. Doutra modo, seria considerar que a mera propositura da ação já assegura ao cidadão a efetividade dos seus direitos, o que por si só constitui uma premissa inadequada.

Atualmente, os meios de acesso à justiça estão bastante amplos, previsão feita por Capelletti (2002, p.15) em sua obra *Acesso à Justiça*. Exemplo disso é o instituto da gratuidade judiciária, o patrocínio da defesa dos desfavorecidos economicamente por uma instituição estatal gratuita, a Defensoria Pública, a competência específica e mais célere para as causas que possuem menor proporção, dentre outras inovações que possibilitam o acesso ao Judiciário.

Contudo, a Efetividade hoje não tem como centro primordial de discussão o acesso enquanto entrada, mas o acesso ao conteúdo material da tarefa do poder Judiciário, que é o provimento jurisdicional. O Princípio da Efetividade é a base de uma segunda vertente do acesso judicial previsto na Constituição: a concretude da tutela concedida. Por isso a importância de visualizar dentro da jurisdição tal efetividade, pois o princípio do Acesso à Justiça tem o seu conteúdo reforçado, seja ele no aspecto da propositura da demanda em juízo, seja no resultado da manifestação do Judiciário a respeito dela.

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser

igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPELLETTI, 2002, p.8).

Unificando os conceitos explanados, percebe-se que em algum momento eles desembocam no que se tem por Princípio da Efetividade no processo civil. Por isso a pertinência e a necessidade deste paradigma dentro do ordenamento jurídico.

Aquilo que se busca instituir por meio dos princípios jurídicos de base constitucional tem por fim atingir a concretude do Direito, que nada mais é que a sua efetividade no seio social. Assim, a busca por uma Jurisdição mais efetiva tem extrema relevância dentro do processo e os conceitos acima delineados devem ser observados em torno da sistemática processual vigente.

1.4. A EFETIVIDADE NO CONTEXTO PROCESSUAL

Tratar de processo significa observar o meio como o direito chega até as partes integrantes de um litígio. A Jurisdição se interessa por este instrumento por ser ele o método pelo qual é possível operacionalizar da forma mais adequada o direito envolvido na lide. Justamente por isto é que Chiovenda já anunciava que o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele tenha direito, o que faz com que o princípio da efetividade seja conhecido também como o da máxima coincidência possível (DIDIER, 2009, pp. 39-40).

Mas não há estudo que defina com maior clareza lógico-metodológica e prática o que é um processo efetivo do que aquele elaborado por Barbosa Moreira (*apud* CÂMARA, 2009, pp. 27-28) em seu trabalho sobre a efetividade do processo. Ele estabelece as premissas que resumem como deve se pautar a atividade jurisdicional em torno do processo:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares do direito (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indetermináveis o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade

a que faz jus segundo o ordenamento;
e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

É notório que, em suas noções, Moreira estabelece pontos nos quais o processo deve receber maior atenção, mas nunca regras procedimentais engessadas. Isto porque, o conceito de efetividade fornece ao seu aplicador certa liberdade na interpretação do processo para que seja possível alcançar uma tutela cada vez mais adequada. Nesta atividade do *juris dicere*, os procedimentos utilizados devem servir, primeiramente, aos objetivos gerais do Direito para que eles não fiquem destituídos de sentido.

Entendendo o objetivo do processo (pacificação social) chega-se à concepção de que a Efetividade processual deve não só ser um meio de fazer cumprir e observar o direito *in concreto*, mas, precipuamente, meio para que a tutela jurisdicional seja absorvida pelos envolvidos. Efetividade caracteriza também a existência de uma jurisdição que é apropriada para os indivíduos, de modo a realizar o direito que lhes “pertence”, nem que este seja, v.g., o de defesa garantido no Contraditório. Isso significa efetivar, além do processo em si, o direito dos indivíduos, inclusive daqueles aos quais se opõe alguma pretensão. Uma tomada de posição como esta garante ao Judiciário a credibilidade e legitimidade em seus atos quando aplicados aos jurisdicionados.

O importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a *imunização* delas contra os ataques dos contrariados; e indispensável, para cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis* é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos. O que importa, afinal, é ‘tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes as partes aceitam a decisão’. Elas sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de soluções melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem também que necessitam da proteção do Estado e não convém à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência (DINAMARCO, 2002, p.195).

2. INTERFERÊNCIAS DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL NA EFETIVIDADE JURÍDICA

Depois de haver sido traçado o panorama a respeito da efetividade no mundo jurídico, bem como a sua correlação com o processo, a investigação deve atingir aquilo que concretamente interfere na efetividade do sistema processual.

Esta análise é chamada de interferências da sistemática processual na efe-

tividade jurídica uma vez que esse princípio é instrumentalizado pelas práticas procedimentais. Também não perde o sentido caso seja chamada de entraves procedimentais à efetividade jurídica. Tal reciprocidade nominal é válida, pois o estudo se preocupa não somente em definir o conteúdo puro e simples da efetividade jurídica, mas utiliza-se dela como instrumento para melhor observar o sistema processual.

Surge, então, a indagação sobre o modo como as práticas procedimentais e os desdobramentos da ciência processual interferem na efetividade da tutela judicial, ou seja, na sua concretude. Nisso consiste a importância em explanar sobre alguns dos principais componentes da processualística civil, de modo que sejam esclarecidos esses aspectos na busca da efetividade.

Toda delimitação exige pontos de concentração e disto se infere a impossibilidade de esgotar todo o tema da Efetividade, mas sim seus aspectos cruciais. Por isso foram escolhidas três questões para o desdobramento do assunto: as formas e o formalismo dentro do processo, a consciência jurídica e a renovação processual.

Contudo, uma advertência deve ser feita: este estudo é programático. Não são definidos aqui institutos jurídico-procedimentais específicos ou indicadas novas estruturas para os procedimentos. A preocupação é diagnosticar como o panorama que envolve o atual Processo Civil interfere nas modificações almejadas pelos jurisdicionados, a fim de efetivar as tutelas.

Diante dessa forma de abordagem e tendo em vista que a preocupação central é alcançar a efetividade do exercício da Jurisdição, mais especificamente da tutela processual, deve-se ter como norte as normas programáticas, baseadas nos princípios e diretrizes constitucionais.

Corroborando com este entendimento, Toffanello (2008):

As normas constitucionais programáticas não regulam diretamente a matéria que se referem, mas regulam propriamente a atividade estatal concernente a ditas matérias. Tem por objeto imediato os comportamentos estatais e só mediamente, ou em segundo grau, aquelas determinadas matérias. Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros, estabelecendo premissas destinadas a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais, assim como, regulamentar certa ordem de relações. É sem dúvida a categoria de normas constitucionais onde paira maior dúvida quanto a sua eficácia.

2.1. A ESTRUTURA PROCESSUAL E O FORMALISMO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

O processo de um modo geral é o método de instrumentalizar a Jurisdição. Para isso ele se vale dos seus meios próprios, quais sejam, as formas processuais. Estes aparatos devem exteriorizar e levar até o objetivo fundamental da demanda judicial que é a atuação do Estado-Juiz compondo litígios pela via mais adequada.

Segundo o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2008, p.2):

O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes*, *faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

A forma, tanto constitui a capacidade de ser instrumento da jurisdição, quanto também de assegurar a legalidade do procedimento. Portanto, elaprovém do princípio do Devido Processo Legal, figurando como garantia da justa aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. No mesmo sentido o professor Álvaro de Oliveira (2008, p.4):

O fenômeno oferece duas facetas: *no plano normativo*, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; *no plano do fato*, ou seja, do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro. O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo a que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório.

Portanto, desmistificando a visão que já se tem sobre o formalismo processual, este não possui o caráter somente negativo, como se percebe muitas vezes, mas constitui importante ferramenta de efetivação dos direitos e validação da Jurisdição. Esta espécie de formalismo o professor Oliveira (2008, p.7) identifica como formalismo valorativo. Nessa modalidade, em contraposição ao formalismo excessivo, não se enfatizam as formas em si mesmas, mas sim a substância que compõe as técnicas procedimentais.

Das considerações até agora realizadas, verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao

longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo (OLIVEIRA, 2008, p.5).

Com isso não se desprestigia a experiência jurídica das técnicas e práticas já se dimentadas, muito menos a segurança que delas se extrai. Esta metodologia de um formalismo que reverencie o substrato dos mecanismos, busca dar real sentido e aplicabilidade às próprias técnicas para que elas não se tornem um fim em si mesmas.

No que tange à segurança que as formas proporcionam, esta característica não pode descambar para o aspecto da imutabilidade, a fim de evitar que sejam imobilizados os direitos dos indivíduos (OLIVEIRA, 2008, pp.11-12). Do mesmo modo, não se pode pretender com as formas a uniformização do Direito. Neste ponto, a efetividade é que deve ser o norte.

Seria temerário considerar que em todo centro de Jurisdição neste país fosse possível se coordenar o método de aplicação jurídica, seja no que toca à procedimentalidade, seja no que atine à aplicação do Direito em concreto. Até mesmo as formas, enquanto meios de alcançar a composição da contenda, precisam ser interpretadas e não uniformizadas em seu entendimento, daí é que surge a dinamicidade do Direito. É para isto que também existe a forma: garantir que a liberdade interpretativa seja posta em prática.

Observe-se bem que tal liberdade não pode se converter em um ativismo, pois acabaria saindo do extremo do formalismo para o abuso da informalidade. É cediço que muitas nulidades procedimentais são consideradas filigranas jurídicas possíveis de ser superadas. Isto, entretanto não se dá de imediato. Deve ser feito, para isso, um esforço argumentativo no sentido de demonstrar que tal questão pode ser relativizada, a fim de evitar um entrave no processo. Sobre este prisma processual diz Luciano Santos (2012, p.3):

Assim como se fala em formalismo excessivo também é possível falar-se em substancialismo excessivo. Até porque o conteúdo substancial dos valores depende da visão subjetiva de cada indivíduo e uma abolição exacerbada da forma terminaria por privilegiar somente os mais fortes, capazes de impor sua visão aos demais indivíduos. A relativização ou afastamento da forma deverá sempre incorrer num ônus de argumentação pela parte que a pretende. [...] Enfim, deve-se buscar privilegiar a substância sobre a forma, mas mantendo-se o equilíbrio para não incorrer em arbitrariedades ou decisionismo. Mas para que tal objetivo venha a se concretizar faz-se necessário passar da teoria para a prática com a incorporação nas decisões judiciais das regras discutidas no debate teórico acerca da argumentação jurídica.

O operador do Direito é o artesão jurídico e seu instrumento de trabalho é a argumentação. Este é o meio do qual ele deve se valer para que seja feita a ponderação da atividade jurisdicional. Desse modo, a efetividade que é pretendida dentro do processo pode ser alcançada, sendo a formalidade uma via adequada para isso, desde que sem rigorismos. Aquilo que não limita a regularidade do processo, e pode ser suprido, não deve se constituir como foco e ato central, sob o prejuízo de se estabelecer a forma pela forma e a inefetividade processual.

2.2. A CONSCIÊNCIA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

O estudo do Direito é eminentemente uma investigação do aspecto humano da sociedade. As normas criadas para regulamentar condutas tem como fator constitutivo o próprio indivíduo, destinatário delas. Por isso a importância de observar os sujeitos que constituem esse sistema. O ordenamento não é estruturado somente por formas e procedimentos, mas há algo mais subjetivo que faz parte de cada agente.

Nisto está presente um aspecto que sustenta fortemente e faz parte da sistemática jurídica atual que é a consciência jurídica daqueles que estão em contato com a Jurisdição. Mesmo diante de análise que privilegie uma observação especificamente jurídica, não se pode desconsiderar o aspecto que toca à individualidade e subjetividade envolvida na interpretação ou aplicação dos regramentos. Por conseguinte, a efetividade da jurisdição passa também por este aspecto, porque a interpretação do direito que se aplica é fator crucial para a concretização das tutelas pretendidas.

É preciso implantar um novo ‘método de pensamento’, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor; [...] (DI-NAMARCO, 2002, pp. 331-332).

Consciência jurídica é o termo aqui usado para definir a cultura, as práticas, a filosofia procedimental, enfim o conjunto de situações que envolvem o indivíduo que tem contato com a Jurisdição. Não podemos perder de vista que as bases científicas que fundamentam o Direito, e mais especificamente o Direito Processual Civil, devem compor o pensamento contemporâneo dos intérpretes. Por meio delas, deve ser possível também se alcançar os objetivos gerais desta ciência, dentre eles a efetividade.

Importante perceber que as escolhas jurídicas que são tomadas, tanto pelos operadores do direito, quanto pelos que institucionalizam as normas, envolvem em algum momento um grau de decisão na posição a ser adotada. Esta opção jurídica,

desde a mais simples - como a forma de interposição de um recurso - até o ato complexo de opção política do legislador, interfere diretamente na pretensão levada pelo cidadão ao Judiciário. Percebe-se então que a renovação jurídica não passa somente pela mudança de postura dos agentes da Jurisdição, mas da sociedade como um todo.

A renovação faz parte de um trabalho do indivíduo, pois à medida que ele compreende o sistema no qual está inserido aplica um esforço no sentido de buscar colaborar com a efetivação das tutelas pretendidas. De igual modo, o incentivo a esta atitude do sujeito diante da jurisdição deve vir do Estado (juiz, executor e normatizador), para que a sociedade possa assimilar, através da implementação de uma cultura jurídica renovada, o que pretende e qual o verdadeiro papel da Jurisdição.

Ir ao Judiciário com a visão voltada para a Efetividade aclara tanto a visão das partes do litígio, quanto dos aplicadores do Direito, pois ambos fiscalizam-se mutuamente nos papéis que exercem. Consequência disto é uma conscientização dos jurisdicionados e dos aplicadores do Direito. Os primeiros não devem atravancar o processo com pretensões inócuas e estes últimos devem ter, no momento de sua atuação, uma visão ampla voltada para os objetivos gerais e não apenas para técnicas ou práticas despidiendas.

Velhos formalismos e hábitos comodistas minam o sistema e de um momento para o outro ele não se alterará. Além disso, a própria lei reflete atitudes privatistas e individualistas perante o processo, incluindo-se nisso o conformismo com algumas de suas supostas fraquezas e pouca disposição a superá-las. Para o exame crítico do sistema existente, é indispensável identificar os pontos vitais em que tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerando o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo (DINAMARCO, 2002, p.333).

Neste panorama, lembrando as premissas já expostas por Barbosa Moreira no que toca a efetividade, é possível complementá-las com aquelas apontadas Luciana Drimel Dias (2009, pp.692-693) na sua investigação sobre o poder-dever jurisdicional:

São importantes alguns pontos para a reflexão: a) *A reeducação quanto ao papel do judiciário perante os jurisdicionados com a consequente reestruturação de sua função que deve passar de precipuamente decisória, a uma função mais apaziguadora (“curativa”) e, portanto, mediadora [...]* b) *O acompanhamento da função decisória; deve-se pois identificar o processo de transformação desse conflito no âmbito judiciário, desde a sua recepção nos limites processuais até a decisão final do magistrado, porem de forma mais lúcida, desvestindo-se de dogmas seculares que ofuscam a visão real do fenômeno.[...]* Em outras palavras significa analisar o pro-

cesso judicial sob bases não apenas dogmáticas mas sim críticas do ponto de vista da sociologia, economia, política a fim de perceber de onde vem o conflito e como ele se transforma[...] Ou seja para desempenhar este papel, deve este magistrado ser um juiz sensível a sua condição humana e conseqüentemente dos demais e ativista ao ponto de ir para além do seu papel iluminista de boca da lei.[...] c) *A responsabilidade do magistrado, do criador da decisão judicial – há que se conscientizar que o judiciário não pode estar isento do crivo social, político e jurídico na medida do incremento do se poder (checks and balances).*

Assim como a definição acima enfoca de forma marcante a importância do magistrado nesse papel de conscientização, os demais operadores do direito possuem relevância similar. Desde o Procurador da República, passando pelo Advogado do Estado, o Defensor Público e o Advogado particular. Todos esses envolvidos no litígio devem, como partícipes do Judiciário, desenvolver também, cada um ao seu momento, uma função educativa e formadora desta consciência. Tal atividade plenifica cada vez mais o sistema jurídico, do qual se busca maior a efetividade.

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se também mais fácil de ser levada a níveis satisfatórios (DINAMARCO, 2002, p.198).

Para que isso se concretize, portanto, é preciso um trabalho intensivo. Aí se inserem, além dos operadores do direito, os agentes públicos de um modo geral. O Estado tem o dever de fazer um trabalho de base iniciando-o pelo seu corpo de funcionários, porque estes também se envolvem na demanda. Esta é uma tarefa fundamental a ser desenvolvida justamente por ser ele o detentor da Jurisdição, devendo, deste modo, zelar pelo aperfeiçoamento de todos os elementos que a constituem, inclusive dos seus membros.

Nota-se a importância de uma renovação da consciência e a necessidade de pô-la em prática. Um programa de medidas neste sentido seria a abertura para chegar à gestão mais adequada da jurisdição e das atividades estatais como meio de fomentar nova mentalidade social. É possível trazer as tutelas pretendidas para uma ordem mais efetiva quando estão associados o aspecto teleológico da consciência jurídica e o trabalho prático de acentuar as bases que sustentam a Jurisdição. Isso serve como exemplo para indicar aos cidadãos a qualidade dos serviços jurisdicionais que eles devem buscar e, oferecendo-lhes tais atividades, apontar o modo mais efetivo

possível de executá-las.

A consciência jurídica, então, faz parte de uma cadeia de fatores que se entrelaçam a fim de que sejam concretizadas, em primeiro lugar, as garantias constitucionais que as tutelas asseguram aos jurisdicionados.

2.3. INOVAÇÃO PROCESSUAL: MOTIVOS E REPERCUSSÃO NA JURISDIÇÃO

Inovar uma legislação significa mudar não somente a procedimentalidade das normas, mas também o sistema jurídico que existe em torno delas. Por isso a importância de visualizar o que seria o Princípio da Efetividade. Entende-se que a efetividade é regra referencial para que os objetivos da processualística sejam atingidos, portanto é necessário que a modificação legislativa esteja inserida nesse contexto.

Renovar a técnica processual é discussão de grande importância na atual conjuntura, mas se não for observado o paradigma da Efetividade, esta inovação não possuirá qualquer efeito prático. Os legisladores continuarão discutindo nomenclaturas, enquanto os jurisdicionados estarão ávidos por práticas mais efetivas.

As normas operam sobre a realidade conforme o valor que lhes é atribuído pelos princípios. As normas processuais relacionadas ao direito de ação, especialmente em razão da sua natureza instrumental, não podem se desligar dos vários casos concretos e assim devem ser lidas à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. [...] O ordenamento jurídico ao dispor de normas, exatamente porque sabe que não pode atender à todas as situações, diante da riqueza e multiplicidade das particularidades do caso concreto e, assim, respondem a um direito voltado à realidade, expressando um ordenamento jurídico marcado pelos princípios e pelos direitos fundamentais (MARINONI, 2009, p.143).

Quando se fala em mudança processual na sociedade atual, há uma série de fatores que interferem nesta realidade. Os fatores políticos, como já citados anteriormente, são os que determinam em grande parte as escolhas legislativas que hão de ser feitas. Portanto, as leis processuais também são o reflexo do momento legislativo que vive o país. Neste contexto, verifica-se que grande é o desejo da nação e de cada cidadão de ver a jurisdição e os seus direitos cada vez mais efetivos.

Os manifestos que têm levado os cidadãos às ruas do país é um exemplo prático de que a efetividade dos direitos é um anseio presente em muitos campos da sociedade. Entretanto, assim como não se pode considerar o processo como fim em si mesmo, isto não deve acontecer também em relação à mudança jurídica.

Nisto se percebe que deve ser observado um aspecto finalístico diante de qualquer mudança e como já indicava Capelletti (2002, p.161): “É preciso que reconheça que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as

reformas políticas e sociais.”.

Há que se tratar então de dois aspectos desta renovação: o aspecto prático, aquele almejado por toda a sociedade nas tutelas concedidas e o aspecto teleológico, relacionado com o sentido das normas e os princípios da Jurisdição. Um não se sustenta sem o outro, e diante deles percebe-se que, no fundo, trata-se de uma questão principiológica. As normas programáticas servirão de indicadores para os reformistas pautarem sua atuação, e aqui indica-se de forma primordial o princípio da Efetividade na processualística civil.

É temerário que as atuais mudanças, que há muito já vêm sendo lapidadas, ganhem um impulso fugaz objetivando dar uma resposta imediata à sociedade ou tentando suprir lacunas com soluções paliativas. O processo civil precisa de uma renovação de sentido, devendo ser repensada, primordialmente, a Jurisdição e o desenvolvimento do seu papel no contexto atual.

Não basta, portanto, renovar institutos para atingir objetivos específicos. Uma demonstração disto é a inserção da Emenda Constitucional 45 de 2004. Embora ela tenha trazido inovações positivas na sistemática jurídica, institucionalizou a definição de metas numéricas para os processos, o que não representa o seu objetivo final, que muito antes de tratar de estatísticas envolve seres humanos e situações peculiares.

Não é que com isso se desconsidere a importância da análise empírica, mas só ela não basta para chegar às conclusões corretas a respeito dos fatos. Uma junção de informações não tem o condão de ampliar a visão, senão quando tal estudo está atrelado ao que dá origem à técnica observada. Sem analisar o fundamento daquilo que constitui a prática, a investigação se perde no emaranhado de dados que se possa obter. É necessário entender o porquê de determinado funcionamento e a partir daí suas conclusões estatísticas poderão levar a resultados mais exatos e realistas. Isso depende também de um trabalho interno.

É nesta espécie de reforma que se concentra a atenção. O aperfeiçoamento de paradigmas a fim de que as velhas estruturas não deixem o processo corroer à pura e simples procedimentalidade e operacionalidade. A reforma que se espera é esta. Mas não cabe somente pensar que ela virá de uma mudança na legislação. Os fatores já explanados anteriormente demonstram que as três estruturas de poder tem influência direta numa verdadeira efetividade processual. Elas interferem também na mudança de conceitos e na tomada de novas posturas, surgindo com a aplicação do direito pelo *judiciário*, passando pela atividade mais adequada e menos mecanicista da *administração pública* até que tais mudanças sejam o alvo para uma *dogmática legislativa* inspirada em tais contextos.

O instrumento processual, com efeito, não depende unicamente do que está legalmente estabelecido, mas de como é “manuseado” na prática aquilo que está no direito posto. Daí porque a legislação não deve ser execrada em uma esfera particular. As mudanças que se almejam não dependem unicamente dela, mas são

construções que vem sendo feitas ao longo do tempo e com a colaboração de todos aqueles que são partícipes da Justiça.

Um poder do Estado sozinho não tem a capacidade de criar, operacionalizar e instituir mudanças pretendidas em um único ato. É necessária a colaboração e participação das demais esferas estatais para que o problema global da efetividade, reduzida aos procedimentos e ao direito em concreto, seja debelada de forma coesa. Isto se dá por uma renovação na atuação dos membros do Executivo Estatal, dos que compõem a Jurisdição e também daqueles que elaboram as leis.

Portanto, esta união de fatores é que pode garantir que no momento em que a legislação chegue à sua propriamente dita inovação ela esteja munida de todos os subsídios citados. São eles que sustentam uma base sólida de aplicação do direito ao caso concreto.

CONCLUSÕES

O estudo do Princípio da Efetividade dentro da Jurisdição buscou aclarar a visão dos operadores do direito para a necessidade premente que se tem de concretizar as tutelas jurisdicionais.

O caminho para chegar à efetivação dos Direitos foi delineado. O primeiro passo para a maior aplicabilidade é que a Jurisdição tenha, na prática, como principal objetivo a efetividade processual. É através do Princípio da Efetividade que as tarefas assumidas pelo Estado-juiz podem ser respondidas verdadeiramente, levando as partes à condição mais adequada possível na demanda. Nesta toada, não basta uma porta de entrada para o Judiciário que seja efetiva, importa também que os direitos alcançados através da tutela estatal sejam igualmente efetivos.

Colocar a Efetividade no centro da Jurisdição é concretizar, também, a pacificação social, mote do processo civil. Pode-se chegar a isso com os próprios instrumentos processuais existentes, pois estes quando bem utilizados aperfeiçoam a tarefa do Judiciário. Exemplo disso são as formalidades processuais que são garantias asseguradas às partes, mas se consideradas como um fim em si mesmas podem caracterizar brechas que levam à morosidade e inefetividade das medidas tomadas.

Outro ponto a se destacar é a função dos indivíduos que estão envolvidos na demanda. Os partícipes do processo, seja em que nível for, colaboram para a construção de uma consciência jurídica. Isso envolve desde o serventuário da Justiça até um terceiro interveniente num processo, desde o juiz até o legislador, enfim todos aqueles que de algum modo ajudam a construir a máquina jurisdicional. Portanto, o trabalho envolve um empenho social em desfazer velhas práticas que não contribuem para uma processualística fluida e reavivar os objetivos primeiros da Jurisdição. É por isso que os princípios possuem extrema importância numa análise como esta, pois eles são fomentadores e propulsores de uma renovada interpretação do que já está solidificado. Essa ênfase numa mentalidade nova assegura maior legitimidade para

o Judiciário devido a uma melhor compreensão e contribuição dos jurisdicionados e dos membros da Justiça na tarefa jurisdicional.

Vislumbrara Jurisdição mais efetiva é não perder de vista o movimento de renovação processual, que influi diretamente na regulamentação das tutelas. Este anseio por uma maior concretude judicial se traduz nas propostas de inovações legislativas, contudo é temerário pensar em mudanças sem que existam fundamentos teóricos para tal. É necessário que num programa de mudanças esteja sedimentado que a estrutura legislativa precisa de uma renovação de sentido e aplicabilidade, pois a mudança da técnica por si mesma não assegura a concretude das tutelas pretendidas.

Com efeito, visualizar a Jurisdição pelo padrão da efetividade significa associar uma série de fatores para tornar o papel do Judiciário o mais humanizado possível. Necessário se faz o empenho de todos os agentes sociais para que essa possa ser uma realidade concreta nas tutelas almejadas na Processualística civil atual.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases Teóricas Para Um Novo Código de Processo Civil. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (Org.). *Bases Científicas Para Um Renovado Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2009. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador, BA: Edições JusPODIVM, 2009. v. 1

DIAS, Luciana Drimel. Considerações sobre uma possível equalização do binômio poder-dever jurisdicional. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (Org.). *Bases Científicas Para Um Renovado Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio Versão 5.0*. 3. ed. S.L: Editora Positivo, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um “renovado direito processual”. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (Org.). *Bases Científicas Para Um Renovado Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, s.n, [2008]. Disponível em: <http://alvarodeoliveira.com.br/>

site/?p=192. Acessado em: 05.09.2013

SANTOS, Luciano Roberto Bandeira. Substancialismo, formalismo e argumentação jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3311, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22259>. Acessado em: 04.09.2013.

TOFFANELLO, Rafael Dias. *Eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas*. Teixeira Ribeiro Advogados, s.nº, [2005]. Disponível em: http://www.teixeiraribeiro.com/arquivos/rdt_art_eficacia_juridica_das_normas_constitucionais_programaticas.pdf. Acessado em: 03.09.2013.

CONTROLE SOCIAL E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS*Social control and the protection of personal data***JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA**

Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade Meridional - IMED e do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. E-mail: cella@cella.com.br.

LUANA APARECIDA DOS SANTOS ROSA

Graduanda em Filosofia da Universidade Federal do Paraná - UFPR e em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, pesquisadora de iniciação científica PIBIC/CNPq. E-mail: luanacorderosa@hotmail.com.

RECEBIDO EM: 01.07.2013

APROVADO EM: 20.08.2013

RESUMO

Há muito se tem tratado a ideia de *sociedade disciplinar e sociedade de controle*, consagradas, por exemplo, nas obras de Michel Foucault e Gilles Deleuze. A contemporaneidade trouxe inúmeros desdobramentos em relação aos conceitos atribuídos por Foucault e Deleuze, sendo que muitos desses resultados foram previstos pela análise de acontecimentos por esses pensadores; entretanto continua-se em busca do entendimento da evolução das sociedades no que tange ao poder e a sua manutenção, ao direito, à ética e aos possíveis resultados sociais futuros. Faz-se necessário entender a dialeticidade desse tema para compreender o momento atual e pensar o futuro. O escopo deste artigo é entender o controle social e os desdobramentos do poder na denominada *Sociedade da Informação*, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. O avanço da técnica, com o surgimento da internet, é significativo na história das comunicações em termos de agilidade e rapidez. À luz dos marcos teóricos eleitos para o desenvolvimento deste artigo, o *controle* se estabelece pela ideia de necessidade relativamente ao veículo de informação, em que a sociedade de controle é a sucessora do paradigma disciplinar (a disciplina já está incorporada). Para Deleuze, a vigilância e a monitoração são formas de atuação do controle, ou seja, a reinvenção do panóptico de Jeremy Bentham. As ramificações

dessa forma de sociedade se valem da internet e seu acesso facilitado para se propagar ao maior contingente de pessoas possível, seja por meio de redes sociais, programas de reality-shows, inclusão de câmeras de vigilância, exatamente como se referia George Orwell na obra *1984*. Pretende-se analisar se a rapidez de informações supera a falta de segurança, haja vista que hoje se vê, por exemplo, casos como o dos Estados Unidos da América, que realizam a espionagem de indivíduos e de governos estrangeiros, o que torna necessário não só pensar o direito, mas também pensar se a legislação que existe é eficaz para a proteção dos dados pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: SOCIEDADE DO CONHECIMENTO. CONTROLE SOCIAL. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.

ABSTRACT

There has long been treated the idea of *discipline society* and *control society*, dealing, for example, the works of Michel Foucault and Gilles Deleuze. The contemporary brought numerous developments in relation to the concepts assigned by Foucault and Deleuze, and many of these results were predicted by the analysis of events by these thinkers, however we are still in search for understanding the evolution of societies in relation to power and its maintenance, Law, Ethics, and possible future social outcomes. It is necessary to understand the dialectics of this topic to understand the current situation and thinking about the future. The scope of this paper is to understand the social control and the ramifications of power called the Information Society, both in public and in the private sphere. The state of the art, with the advent of internet, it is significant in the history of communications in terms of speed and agility. In light of the theoretical framework chosen for the development of this paper, the control is established by the idea of discipline and the society of control is the successor to the disciplinary paradigm (the discipline is already incorporated). For Deleuze, surveillance and monitoring activities are forms of control, ie, the reinvention of Jeremy Bentham's panopticon. The ramifications of this form of society make use of the internet and its easy access to propagate the largest number of people possible, whether through social networking programs, reality shows, including surveillance cameras, just like George Orwell referred in his book *1984*. Intend to analyze the information quickly overcomes the lack of security, given that it is today, for example, cases such as the United States, who perform espionage individuals and foreign governments, which makes it necessary not think only the right but also wonder if there is effective legislation for the protection of personal data.

KEYWORDS: KNOWLEDGE SOCIETY. SOCIAL CONTROL. PROTECTION OF PERSONAL DATA.

Sumário: 1. Sociedade do conhecimento e tecnologia. 2. Da possibilidade de controle social pela internet. 3. As redes sociais e a WEB 2.0. 4. Os EUA e o controle social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Como toda revolução nas comunicações, a internet produziu uma série de efeitos inesperados com os quais sociedades e governos precisam lidar. Por vezes, não existem nem mesmo instrumentos jurídicos para tratar das novas realidades. Muito já foi escrito em relação ao avanço da tecnologia e a forma de aplicação da técnica. Desde as revoluções industriais, a palavra *evolucionismo* para o homem médio pode significar, entre outras acepções, avanço tecnológico. Atualmente há a obrigatoriedade das coisas andarem mais rápido. É uma exigência do mundo contemporâneo, pois quanto mais depressa o sujeito trabalhar, estudar e, ainda, obter os melhores resultados possíveis, será considerado atualizado, ambientado, enturmado. Enfim, parece que a Terra gira mais rápido.

O avanço da técnica, com o surgimento da internet, é significativo na história das comunicações em termos de agilidade e rapidez, haja vista que as notícias sobre os acontecimentos percorrem o mundo em apenas segundos, sem controle de conteúdo. A possibilidade de acesso à internet repercute na exigência de rapidez. Por exemplo, há pouco tempo os trabalhos escolares e acadêmicos eram feitos mediante consultas às enciclopédias etc., sendo que em uma década os livros deixaram de ser consultados e começou a ser usado o *Google* como meio de consulta, ou seja, as pesquisas que duravam horas foram substituídas por apenas um clique. O uso da internet trouxe inúmeros benefícios, mas resta saber se tem sido utilizado de forma segura e consciente, como uma das fontes de acesso, mas não como fonte exclusiva de acesso à informação.

Essa evolução culminou no surgimento da denominada *sociedade de conhecimento*. É preciso compreender os desdobramentos jurídicos dessa forma de comunicação, a internet.

É nesse contexto que o governo brasileiro apresentou seu projeto de marco regulatório civil para a rede. A proposta, que foi a consulta pública antes de ser encaminhada para o Congresso Nacional, esteve disponível no sítio eletrônico <http://culturadigital.br/marcocivil/>, em que se pode consultar os resultados dos debates.

O debate permitiu que se eliminassem os excessos que marcaram o polêmico projeto de legislação penal para a internet – apelidado de Lei Azeredo – que tramita no Poder Legislativo brasileiro.

Em suas versões iniciais, o substitutivo do então senador Azeredo previa que cada internauta se cadastrasse antes de se conectar na rede e exigia que os prove-

dores atuassem como policiais, com monitoramento dos passos cibernéticos de seus clientes e com sua delação diante da menor suspeita de abuso. Essas ideias acabaram ceifadas da proposta.

Diante disso, a preocupação que se tem é com o Marco Civil regulatório da internet no Brasil, sobretudo no que tange ao armazenamento de dados que se pretende que os provedores da internet façam relativamente a seus clientes.

Consideradas as legislações específicas sobre o assunto, em termos de segurança de dados, com a facilitação da internet, ainda se estudam as sanções e limitações jurídicas. O direito brasileiro tem-se adequado à agilidade permitida pelo meio eletrônico em busca, por exemplo, da celeridade processual relativamente a implementação do processo eletrônico.

Cumpre analisar, sendo este o objeto do presente artigo, se as preocupações jurídicas têm dado a ênfase necessária ao tema da proteção de dados pessoais.

1. SOCIEDADE DO CONHECIMENTO E TECNOLOGIA

Há que se analisar se a rapidez de informações supera a falta de segurança, haja vista que há casos diários de crimes ou condutas ilícitas cometidas por meio da internet, muitas ainda sem previsão legal; é preciso estudar a regulação da internet, especificamente em relação a proteção de dados pessoais.

Semelhante tentativa de controle se deu quando da invenção dos tipos móveis por Johannes Gutenberg, em torno de 1455. Antes da imprensa o número de manuscritos em circulação na Europa se contava em milhares. Cinco décadas depois, em 1500, havia mais de 9 milhões de livros no Velho Continente. No início, foram impressas bíblias, hagiografias, livros de orações e material religioso. Logo, porém, vieram obras laicas e, pior, as consideradas *subversivas*.

Em 1559 a Igreja Católica emite o primeiro *Index Librorum Prohibitorum* (catálogo dos livros proibidos). A censura estava institucionalizada.

O contexto, entretanto, era o da Reforma e da Contrarreforma. O índice e as fronteiras não bastaram para evitar que livros considerados subversivos fossem impressos nas terras do adversário e voltassem contrabandeados a seu público-alvo.

Com a internet, em que basta um *enter* para navegar por terras estrangeiras, é impossível controlar ideias e o que o direito chama de delitos de opinião.

É preciso não só pensar o direito, mas também pensar se a legislação que existe é eficaz e se o pensamento incorporado na sociedade atual, a respeito do tema, dá suporte às necessidades sociais.

Um conceito hoje razoavelmente arraigado de *técnica* a considera, sumariamente, como o complexo de atos pelos quais os homens agem sobre a natureza, procurando aperfeiçoar instrumentos que os ajudem a satisfazer suas necessidades²³⁶; atos esses reunidos e sistematizados pela tecnologia – o estado da técnica em

²³⁶ Agostino Carrino. “Progresso e modernità”, in: *Il diritto nella società moderna*. Agostino

um determinado momento.

Assim entendida, a tecnologia apresenta um caráter fortemente instrumental e utilitarista. A tendência de convergir, nesses aspectos, a noção de tecnologia, pela qual ela é basicamente um meio para atingir um fim a ela exterior, é muito forte²³⁷. Por outro lado, existe o apelo de alguns autores para relativizar ou mesmo negar a sua pretensa neutralidade, que derivaria deste seu caráter instrumental.

Um conteúdo ideológico que negue essa sua pretensa neutralidade é algo que dificilmente se pode depreender diretamente da tecnologia, ao menos em uma primeira análise conceitual. Uma sociedade, no entanto, percorre os caminhos que lhe permitem as possibilidades técnicas de sua época, e é inegável, por exemplo, o fato de que o desenvolvimento do capitalismo moderno é tributário de uma tecnologia em constante evolução que lhe fornece ambiente propício²³⁸. Essa constatação é apenas um indício, embora importante, de que a noção de tecnologia não pertence a um universo alheio a uma determinada conjuntura político-social. Determinar qual é seu papel, porém, é tarefa árdua, e já levou o historiador Melvin Kranzberg a afirmar que “a tecnologia não é boa nem má, nem sequer é neutra”²³⁹ – no que foi de certa forma acompanhado por Pierre Lévy²⁴⁰.

Um método que pode fazer permitir perceber o substrato ideológico presente na tecnologia é a sua consideração a partir do seu perfil dinâmico. Isso por que o seu perfil puramente estático relacionaria a tecnologia principalmente com seu aspecto utilitarista – o de ferramenta, instrumento para atingir um fim – o que, além de

Carrino (org.). Napoli: ESI, 1995, p. 203.

²³⁷ Tome-se, por exemplo, a concisa definição de “technology” no Merriam-Webster’s Dictionary: “the practical application of knowledge especially in a particular area”. O termo consta ter sido cunhado por Jacob Bigelow, professor em Harvard, por volta de 1820; suas raízes, porém, são muito mais antigas: em sua raiz, temos a palavra grega *techne*, que pode significar alternativamente arte ou habilidade, que por sua vez ecoa a influência da raiz indo-européia *teks-*, que corresponderia ao nosso verbo “fabricar”, enquanto que por *logia* entende-se um tratamento sistemático, cf. Rudi Votti. *Society and technological changes*. New York: St. Martin’s Press, 1988, p. 4.

²³⁸ “Ora il capitalismo occidentale specificatamente moderno evidentemente è condizionato in larga misura anche dallo sviluppo di possibilità tecniche”. Max Weber. *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo*. Milano: Rizzoli, 1991, p. 45 [Ed. bras.: *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001].

²³⁹ Manuel Castells. *The rise of the network society*. Blackwell: Oxford, 1996, p. 65 [Ed. bras.: *A Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999].

²⁴⁰ Pierre Lévy referia-se, na verdade, à uma consequência da tecnologia: a “virtualização: “Or la virtualisation constitue justement l’essence, ou la fine pointe, de la mutation en cours. En tant que telle, la virtualisation n’est ni bonne, ni mauvaise, ni neutre. Elle se présente comme le mouvement même du ‘devenir autre’ – ou hétérogénese – de l’humain». (destaque nosso). Pierre Lévy. *Qu’est-ce que le virtuel?* Paris: La Découverte, 1998, p. 10 [Ed. bras.: *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996].

neutralizar o discurso ideológico, foge à dimensão histórica intrínseca ao problema. Esse perfil dinâmico, pelo qual se pode observar precisamente o *desenvolvimento* tecnológico, é o ângulo de observação possível para abranger o máximo de seus efeitos e pôr em questão todos os seus aspectos relevantes, visto que a realimentação que a sociedade fornece à tecnologia depende também de juízos de valor.

Esse assim chamado perfil dinâmico da tecnologia dialoga diretamente com a noção de progresso e com toda a carga cultural que esse termo representa.

Hoje se verifica que a consciência do poder da técnica e de suas possibilidades como instrumento de mudança já era presente no Renascimento – basta fazer menção aos famosos projetos de Leonardo da Vinci e das suas *máquinas de guerra* que habitualmente oferecia aos Médici. Além da contribuição de Leonardo, muitos outros exemplos podem ser colhidos – talvez um dos mais fortes seja a importância da invenção da imprensa (a princípio por Gutemberg, por volta de 1461) ²⁴¹.

Tratar de tecnologia, portanto, não é *a priori* um exercício de futurologia, no entanto um olhar para o futuro está presente, inclusive na literatura científica. O desenvolvimento tecnológico na era pós-industrial²⁴² é um fenômeno fortemente dinâmico, portanto o fato de que o pensamento filosófico e jurídico se ocupe das tendências e projeções para o futuro quando enfrenta temas relacionados com tecnologia é nada mais que coerente e necessário. E, assim procedendo, faz-se um cálculo

²⁴¹ Incerta, come si è detto, l'attribuzione della invenzione della stampa: la tradizione più accreditata è comunque quella che vuole in Johannes Gensfleisch, detto Gutemberg, in primo in Occidente a realizzare un sistema pratico ed efficace per la fusione dei caratteri e per la loro impressione meccanica su carta, benché il suo nome non compaia nel *colophon* di alcun libro. Outros “candidatos” concorrem com seus nomes para que figurem na história como o inventor da imprensa, porém o que vale notar é que, como em outros casos, tal evento se deve menos à operosidade individual de pesquisadores isolados que à própria difusão do papel e de uma crescente necessidade de uma reprodução “mais rápida e menos dispendiosa” de escritos, o que a tecnologia da época já possibilitava. Marco Santoro. *Storia del libro italiano*. Milano: Bibliografica, 2000, pp. 41-46. A importância fundamental da imprensa para a difusão de idéias foi muito bem compreendida e utilizada por Lutero, que chegara a declarar que “la stampa è il più recente e il più grande regalo da Dio; così il Signore ha dimostrato volere divulgare la parola della vera religione in qualsiasi posto, fine all’ultima estremità del mondo, e diffonderla in tutte le lingue “. Mario Infelise. *I libri proibiti*. Bari: Laterza, 1999, p. 4.

²⁴² A “sociedade pós-industrial” foi descrita pelo sociólogo norte-americano Daniel Bell como sendo: “(...) one in which the majority of those employed are not involved in the production of tangible goods. The manual and unskilled worker class gets smaller and the class of knowledge workers becomes predominant. The character of knowledge also changes and an emphasis is put on theoretical knowledge rather than empirical”. Daniel Bell, “Who will rule? Politicians and technocrats in the Post-Industrial Society”, in: www.src.uchicago.edu/ssr1/PRELIMS/Political/pomisc1.html (02/01/2004). A obra mais representativa do autor sobre o tema é *The Coming of Post-Industrial Society*. New York: Basic Books, 1999 (a edição original é de 1973).

otimista²⁴³, pessimista²⁴⁴ ou pretensamente realista em relação a essas tendências e projeções.

Hoje se pode contar com um mínimo de experiência nos confrontos de algumas utopias, positivas ou negativas, em comparação com a realidade atual. É possível propor um enfoque de cunho realístico na consideração das tendências e projeções tecnológicas, que devem ser analisadas e valoradas pelo homem em seu complexo de promessas e perigos. Assim, “sob esse aspecto, a era tecnológica revela a sua ambivalência e requer do homem algumas escolhas básicas que levem em conta suas possibilidades latentes, tanto para o bem quanto para o mal, para as gerações futuras”²⁴⁵.

O surgimento da rede internet, por exemplo, decididamente alargou as possibilidades de comunicação e suscitou a explosão de um grande número de questões ligadas à privacidade. O impacto que ela representa, porém, já estava em grande parte incubado em outras tecnologias anteriores, que provocaram fenômenos semelhantes e que, se hoje parecem pálidos, devem ser considerados em relação ao que representaram à sua época – algo que o suceder das gerações apaga da memória. Assim, o telégrafo e o telefone, como instrumentos de comunicação bidirecional, ou mesmo o rádio e a televisão, contribuíram cada um deles para formar a consciência de que representavam uma forma de encurtamento das distâncias²⁴⁶ e do fim de algumas limitações por ela causadas²⁴⁷ e, conseqüentemente, de uma interação mais frequente

²⁴³ Como em Antonio E. Perez-Luño. *Nuevas tecnologías, sociedade e derecho*, Madrid, 1987.

²⁴⁴ Lewis Mumford. *The myth of the machine*. New York: Harcourt, 1967. Também Denninger revela seu desalentado parecer: “Cosa c’è allora di nuovo nei nuovi diritti dell’età tecnologica? Forse la convinzione che il secolare disagio dell’uomo verso la giustizia non sarà risolto neanche dal progresso tecnico e scientifico. Se ne derivasse la coscienza di dover continuamente affrontare questi problemi in maniera responsabile, ciò sarebbe già molto”. Erhard Denninger. “Tutela ed attuazione del diritto nell’età tecnologica”, in: *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, cit., p. 73.

²⁴⁵ Jerzy Wroblewski. “Dilemmi dell’età tecnologica: il diritto e l’omeostasi dell’esistenza umana”, in *Nuovi diritti dell’età tecnologica*. Francesco Riccobono (org.), Milano: Giuffrè, 1991, p. 197.

²⁴⁶ A ideia da irrelevância das distâncias é uma constante na vasta literatura que procurou analisar o impacto das tecnologias de comunicação. v. Frances Cairncross. *The death of distance*. Boston: Harvard Press, 1997.

²⁴⁷ Uma rápida coleta de algumas frases cunhadas na esteira da invenção e implementação do telégrafo, há século e meio, pode nos soar estranhamente familiar, tal ponto são semelhantes às exclamações ouvidas quando do surgimento da própria rede Internet. Vejamos algumas delas: “All the ends of the earth will be wooed into the electric telegraph circuit” (Scientific America, 1852); “All the inhabitants of the earth will be brought into one intellectual neighbourhood” (Alonzo Jackman, 1846); “The highway gridling the earth is found in the telegraph wires” (desconhecido, 1971). Um relato do impacto da invenção do telégrafo elétrico por Samuel Morse, William Cooke e Charles Wheatstone estão em: Tom Standage. *The*

entre as pessoas, que está no âmago das questões relacionadas com privacidade.

A materialização mais facilmente visível dessa tendência é a própria internet, que é basicamente uma rede de computadores²⁴⁸ cuja estrutura prevê justamente a não dependência de centros de controle para sua operação, além de tornar difíceis as tentativas de controle do tráfego de dados, visto que consiste basicamente em um protocolo de comunicações, implementado em computadores, possibilitando sua interligação através dos vários meios de comunicação de dados existentes. Essa estrutura de rede é capaz de prescindir de *caminhos únicos* – podendo substituir eventuais vias de comunicação bloqueadas por outras – como consequência, não haveria mais elementos *essenciais* para seu funcionamento. Nessa disposição, um grande centro de processamento não é mais indispensável para a realização de um grande número de operações. O crescimento do poder de polos intermediários em detrimento de um controle central acabou por desenhar uma nova geografia da proteção de dados, na qual o poder encontra-se fracionado – o que fez com que a regulação então existente perdesse sua atualidade.

A rede internet recoloca em primeiro plano questões atinentes à relação da lei com o espaço – como na obra *Il nomos della terra*, de Carl Schmitt, a partir da qual se pode ler a proposta de Lawrence Lessig²⁴⁹. Na obra de Lessig se vê uma tentativa de compreender o meio no qual se processam boa parte das operações que hoje envolvem os dados pessoais – para o autor, o *cyberspace*. A proposição do problema nestes termos é, de certo modo, consequência lógica de um dos lugares comuns dessa temática: a afirmação de que a ineficiência inerente aos meios manuais de processamento de dados (arquivos cartáceos, máquinas de escrever etc.) constituíam-se em uma forma muito eficiente de proteção da privacidade até que sobreviessem os recentes avanços no processamento eletrônico de dados.

Por difícil que seja cristalizar a problemática da privacidade em um único conceito, é no entanto razoavelmente natural constatar que ela sempre foi diretamente condicionada pelo estado da tecnologia em cada época e sociedade. Pode-se inclusive aventar a hipótese de que o advento de estruturas jurídicas e sociais que tratem do problema da privacidade são respostas diretas a uma nova condição da informação, determinada pela tecnologia.

A possibilidade de comunicação é função direta da tecnologia disponível a esse fim. É perfeitamente congruente o fato de que as primeiras discussões, em sede jurídica ou não, sobre uma *violação de privacidade* com origem na divulgação de correspondência privada tenha se dado em sociedades que desenvolveram tecnologias que tornaram o correio um meio eficiente e ao alcance de um número

Victorian Internet. New York: Berkley Books, 1999.

²⁴⁸ Andrew Tanenbaum. *Redes de computadores*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 20.

²⁴⁹ Neste caso, basicamente *Code and other laws ...*, cit. e “The architecture of privacy”, in: *Vanderbilt Entertainment Law and Practice*, 1/1999, pp. 56-65.

considerável de pessoas: desde o sistema elaborado pelos antigos romanos²⁵⁰, de cujos problemas advindos deixou registro Cícero; ao eficientíssimo sistema postal da Inglaterra vitoriana, cuja herança foram os primeiros casos judiciais sobre violação de correspondência, ou então o significativo fato de que a obra clássica de François Geny – *De le secret sur les lettres missives* – seja nada mais que um estudo encomendado pelo governo francês que visava a fornecer subsídios para a renovação e ampliação do sistema postal nacional²⁵¹.

2. DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE SOCIAL PELA INTERNET

Ao longo da história, os governos se esforçaram para manter o controle social; o avanço da técnica ocasionou seus maiores desafios de controle, a exemplo disso, tem-se o surgimento do telefone, do telégrafo, do rádio, cada qual à sua época. Atualmente o surgimento da internet. Todas essas invenções fizeram com que o poder de mando do Estado estenda seus braços para a regulamentação do uso desses instrumentos. Em parte a interferência do Estado como agente limitador da utilização em prol de convivência geral e harmônica é justificada, entretanto se têm vários exemplos históricos no que tange a exacerbação do controle social, a forma ilimitada de controle. É preciso ter olhos ávidos para identificar os resquícios do controle ilimitado, que despercebidos chegam ao senso comum. Existe uma linha tênue entre a função do Estado protetor para o Estado limitador, a exemplo disso há a sociedade disciplinar e a sociedade de controle.

Há muito se tem tratado a ideia de *sociedade disciplinar* e *sociedade de controle*, consagradas nas obras de Michel Foucault e Gilles Deleuze. A contemporaneidade trouxe inúmeros desdobramentos em relação aos conceitos atribuídos por Foucault e Deleuze, sendo que muitos desses resultados foram previstos pela análise de acontecimentos por esses pensadores; entretanto continua-se em busca do entendimento da evolução das sociedades no que tange ao poder e a sua manutenção, ao direito, à ética e aos possíveis resultados sociais futuros. Faz-se necessário entender a dialeticidade desse tema para compreender o momento atual e pensar o futuro.

Na obra *Vigiar e Punir*²⁵², Foucault trata da história da aplicação do direito

²⁵⁰ Gibbon descreve o interessantíssimo sistema postal da Roma imperial – o *cursus publicus* - cuja utilidade para a manutenção do império não deve ser desprezada. As cartas eram transportadas por cavalos, que a levavam por aproximadamente 40 milhas romanas (cerca de 60 km) até que atingissem uma espécie de “estação de retransmissão”: uma repartição com outros cavalos que levariam ininterruptamente a mensagem até seu destinatário, em toda a extensão do império. O serviço, idealizado para uso militar, acabou sendo usado também pelos cidadãos romanos. Edward Gibbon. *Declínio e queda do Império Romano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

²⁵¹ François Geny. *Des droits sur les lettres missives. Étudiés principalement en vue du système postal français*. Paris: Sirey, 1911.

²⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Vozes,

penal. Da evolução dos suplícios (castigos corporais) às prisões atuais (restrições de liberdade), em que as mudanças nos paradigmas de punição do século XVI ao XVIII são analisadas. Em outras obras, fruto de aulas ministradas no *College de France*, como *História da Sexualidade*²⁵³ e *Em Defesa da Sociedade*²⁵⁴, Foucault mostrava os sinais de mudanças no exercício de poder e de sua manutenção. A biopolítica e o biopoder fazem parte de uma longa análise social foucaultiana, chegando à ideia de corpos dóceis e domesticados; também ao modelo panóptico das prisões, com um único observador/controlador para aqueles que ocasionaram a própria restrição de liberdade, geralmente por descumprir o modelo social imposto, ou seja, descumprir a vontade do soberano ou desafiar o poder de mando do Estado, isto é, a sociedade disciplinar. Ao identificar a mudança no paradigma penal, do punir para o vigiar, Foucault identificou os três componentes tidos como caracterizadores do objetivo do modelo panóptico de observação: a vigilância, o controle e a correção.

A partir da tríade do modelo de vigilância anteriormente referido, deu-se a inspiração para as formas de vigilância atuais, com um único observador que tudo vê, mas sem ser visto, de forma onipresente e onividente.

Para Deleuze, a sociedade de controle é uma espécie de evolução da “disciplina”, para o que ele denomina como *controle*²⁵⁵, por exemplo, na forma de exercício, em que a disciplina seria exercida em escolas, hospitais, forças armadas e outros; o poder por meio do controle seria exercido à distancia, de forma incorpórea e sem lugar específico – virtualmente – de modo a estar presente com características de ubiquidade. A forma de vigilância e monitoração, mediante *controle*, deu origem a programas televisivos como o *Big Brother* – mundialmente posto em prática – em que os telespectadores atuam como observadores do convívio de um grupo de pessoas, geralmente com perfis diferentes, apostando nas discordâncias de atitudes dos integrantes e no choque do convívio confinado, sob pressão interna e externa – a pressão interna refere-se ao prêmio de participação pelo finalmente considerado *Grande Irmão*; e externa, pois a ideia de monitoração causa dependência nos observadores/telespectadores no sentido de necessidade ao acompanhar o desenrolar da convivência – o programa que é atrelado a um prêmio final, em dinheiro, evidencia a permissão do uso da privacidade dos participantes como fonte de audiência televisiva.

Neste sentido, outro exemplo atual da vigilância e monitoração, com a

2010. p. 291.

²⁵³ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1985-2009. 3 v. (Biblioteca de filosofia e história das ciências), v.1.

²⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no collège de france (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. xiv, 382 p. (Coleção tópicos).

²⁵⁵ “Não creio que os *media* tenham muitos recursos ou vocação para captar um acontecimento. Primeiro, eles mostram com frequência o começo e o fim, ao passo que um acontecimento, mesmo breve, mesmo instantâneo prolonga-se” (Deleuze: 1992, p. 198).

crescente de violência em todos os setores, é que instituições públicas e privadas têm apostado no monitoramento por meio de câmeras de segurança, a partir do que se confirma o modelo de sociedade de controle, na dependência de um único observador onipresente e onividente em prol da segurança geral. Sob a máscara da segurança o poder ainda é exercido de forma incorpórea e quase oculto.

À luz dos marcos teóricos acima, o controle se estabelece pela ideia de necessidade relativamente ao veículo de informação, em que a sociedade de controle é a sucessora do paradigma disciplinar (a disciplina já está incorporada). Para Deleuze, a vigilância e a monitoração são formas de atuação do controle, ou seja, a reinvenção do panóptico (ótico=ver + pan=tudo) de Jeremy Bentham, modelo de construção arquitetônica, que permite que um único observador acompanhe, por todos os lados, o que acontece nas celas prisionais.

As ramificações dessas formas de sociedade, atualmente, valem-se da internet e seu acesso facilitado para propagar-se ao maior contingente de pessoas possível, seja por meio de redes sociais, programas de *reality-shows*, inclusão de câmeras de vigilância, exatamente como referia-se George Orwell na obra *1984*²⁵⁶, o poder pelo poder.

3. AS REDES SOCIAIS E A WEB 2.0

A internet, com o advento da denominada WEB 2.0, possibilitou a inserção nas redes sociais, que conectam o mundo, em que se tem acesso e interação com outras culturas, realidades, costumes, enfim, a tudo o que seja necessário e procurado por cada pessoa. Em termos de tecnologia, foi um avanço sem precedentes. No Brasil, um dos grandes exemplos de interação em redes sociais foi o ORKUT, que a princípio era uma página de recados em grupos específicos, em que se podia postar fotos, vídeos, participar de comunidades de áreas afins; podendo ser uma fonte usada para outras finalidades, como publicidade, além do que se possibilitava o risco de que alguém do outro lado da tela estivesse, com o acesso a essas informações, a utilizá-las para finalidades diversas, positivas ou negativas, inclusive contra o usuário que de boa-fé postava suas informações, fato que se estendeu às outras redes sociais que se multiplicaram desde então. A necessidade psicológica de inserção social faz com que os indivíduos divulguem informações confidenciais, correndo o risco em termos de segurança.

Estar *conectado* ao mundo virtual é uma tendência que cada vez mais se enraíza em nossa cultura e de forma tão profunda que as pessoas conscientemente divulgam informações que, a princípio, seriam confidenciais e as lançam à rede aberta, sem cogitarem a hipótese de que suas ações podem repercutir negativamente na esfera social, além de poderem ser chamarizes de crimes que venham a ser cometidos contra elas.

²⁵⁶ ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

4. OS EUA E O CONTROLE SOCIAL

No início do mês de junho de 2013 o jornal britânico *The Guardian* revelou ao mundo que os Estados Unidos da América - EUA se utilizam de amplos programas secretos de monitoramento das comunicações telefônicas e digitais a fim de espionar informações de indivíduos e Estados. Há nessa prática evidente quebra de sigilo de acesso de usuários contidos em banco de dados de empresas virtuais renomadas como o Facebook, a Microsoft, o Google e outros. A informação teve como fonte o ex-consultor de inteligência da NSA, o norte-americano Edward Snowden.

Em 23 de agosto de 2013 foi divulgado, novamente pelo britânico *The Guardian*, o compartilhamento dos documentos secretos que comprovam as afirmações de Snowden com o jornal norte-americano *The New York Times* - NYT, sendo que o objetivo da parceria é continuar expondo a vigilância maciça dos governos envolvidos.

Posteriormente, em 27 de agosto de 2013, o Ministro da Justiça do Brasil, José Eduardo Cardozo, viajou para os Estados Unidos para analisar as denúncias de espionagem eletrônica contra brasileiros. No mesmo dia 27 a rede social Facebook, numa tentativa de transparência, divulgou uma lista em que constam as solicitações de informações de 38 mil usuários apenas nos seis primeiros meses do ano de 2013, destes 79% foram pedidos originários dos EUA.

Através do diretor do FBI, Robert Müller, o governo norte-americano afirmou que tomará as medidas cabíveis para processar Snowden pelo vazamento de informações secretas de programas de vigilância do País, afirmando ainda que o monitoramento é utilizado apenas para estrangeiros e que os programas utilizados foram aprovados por um juiz e estão de acordo com a Constituição norte-americana.

O governo norte-americano negou uma espécie de acordo com o governo brasileiro, tendo como objetivo determinar como seria a reciprocidade de concessão de dados pelos dois países. O objetivo geral da proposta era a possibilidade do país norte-americano solicitar aos tribunais brasileiros a quebra de sigilo de acesso da internet, sob o crivo da legislação brasileira, quando da suspeita de prática de ilícitos. A resposta negativa teve como justificativa a luta contra o terrorismo.

Após esse fato, foi divulgado que a presidente Dilma Roussef foi objeto de interceptações de dados da internet, inclusive com a sua rede de assessores.

O governo brasileiro solicitou justificativa desses atos contra a presidente, por escrito, e aguarda a resposta para tomar as medidas cabíveis, entre elas existe a possibilidade de recurso a Organização das Nações Unidas - ONU.

Caso sejam confirmadas as denúncias quanto a utilização de dados pessoais de civis, pelo governo dos Estados Unidos, torna-se premente a necessidade da proteção jurídica de dados disponíveis na internet e a construção de uma moral social de uso, posto que as informações concedidas voluntariamente pelos usuários da internet podem estar sendo usadas contra eles, nos termos explicitados anteriormente quanto ao tema da sociedade de controle.

CONCLUSÃO

Para o direito, a crescente importância que assume a necessidade de proteção dos dados pessoais se traduz no fato de que uma considerável parcela das liberdades individuais hoje sejam exercidas concretamente por meio de estruturas nas quais a comunicação e a informação têm papel relevante.

As diversas formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais devem ser levadas em consideração pelo operador do direito.

A partir da legislação atual existente é possível localizar um “núcleo comum” que caracteriza e que encontra expressão como um conjunto de princípios a ser aplicado na proteção de dados pessoais, sintetizados na Convenção de Strasbourg e nas *Guidelines* da OCDE, no início da década de oitenta. Pode-se, a esse respeito, elaborar uma síntese desses princípios²⁵⁷:

1. *Princípio da publicidade* (ou da transparência), pelo qual a existência de um banco de dados com dados pessoais deve ser de conhecimento público, seja através da exigência de autorização prévia para funcionar, da notificação à uma autoridade sobre sua existência; ou do envio de relatórios periódicos;

2. *Princípio da exatidão*: Os dados armazenados devem ser fieis a realidade, o que compreende a necessidade de que sua coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção, e de que sejam realizadas atualizações periódicas conforme a necessidade;

3. *Princípio da finalidade*, pelo qual qualquer utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes da coleta de seus dados. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que pode-se, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade)²⁵⁸;

4. *Princípio do livre acesso*, pelo qual o indivíduo tem acesso ao banco de dados em que suas informações estão armazenadas, podendo obter cópias desses registros, com a consequente possibilidade de controle desses dados; após este acesso e de acordo com o princípio da exatidão, as informações incorretas poderão ser corrigidas e aquelas obsoletas ou impertinentes poderão ser suprimidas, ou mesmo pode-se proceder a eventuais acréscimos;

²⁵⁷ cf. Stefano Rodotà, *op. cit.*; p. 62. José Adércio L. Sampaio. *op. cit.*, pp. 509 - ss.

²⁵⁸ Ressalte-se que o princípio da finalidade foi mencionado em decisão do Superior Tribunal de Justiça referente a cadastros de crédito: “O Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), instituído em diversas cidades pelas entidades de classe de comerciantes e lojistas, tem a finalidade de informar seus associados sobre a existência de débitos pendentes por comprador que pretenda obter novo financiamento. É evidente o benefício que dele decorre em favor da agilidade e da segurança das operações comerciais, assim como não se pode negar ao vendedor o direito de informar-se sobre o crédito do seu cliente na praça, e de repartir com os demais os dados que sobre ele dispõe.

5. *Princípio da segurança física e lógica*, pelo qual os dados devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado.

Esses princípios, mesmo que fracionados, condensados ou adaptados, podem ser identificados em diversas leis, tratados e convenções. Eles são o núcleo das questões com as quais todo ordenamento se deve deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

- AGRE, Phillip, ROTENBERG, Marc. *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997.
- ALPA, Guido. *Privacy e statuto dell'informazione*. In: *Banche dati telematica e diritti della persona*.
- AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós-modernidade*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 21, 2002.
- BALDASSARRE, Antonio. *Privacy e costituzione. l'esperienza statunitense*. Roma: Bulzoni, 1974.
- BARRETTO, Vicente. *Problemas e perspectivas da bioética*. In: *Bioética no Brasil*. RIOS, André (Org.) et al, Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *La società individualizzata*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- BECKER, Laércio. *O direito na escola de frankfurt: balanço de uma desconfiança*. In: www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/o_direito_frankfurt.html (02/01/2004).
- BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society*. New York: Basic Books, 1999.
- BENNETT, Colin. *Regulating privacy, data protection and public policy in europe and the united states*. Ithaca: Cornell University Press, 1992.
- BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais*. Campinas: Bookseller, 2002.
- BENTHAM, Jeremy, MILL, John Stuart. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of england*. Oxford: Clarendon Press, 1765-1769.
- BLOUSTEIN, Edward. *Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean prosser*. In: *39 New York University Law Review* 962 (1964).
- BURKERT, Herbert. *Privacy-data protection: a german/european perspective*. In: *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*.

- CAIRNCROSS, Frances. *The death of distance*. Boston: Harvard Press, 1997.
- CARRINO, Agostino. *Progresso e modernità*. In: *Il diritto nella società moderna*. Napoli: ESI, 1995.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CASTELLS, Manoel. *The rise of the network society*. Blackwell: Oxford, 1996 [ed. bras.: *A sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999].
- CATALA, Pierre. *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*. In: *Informatica e Diritto*, ano IX, jan-apr. 1983.
- CELLA, José Renato Gaziero, VAZ, Ana Carolina. *The prohibition of the right to anonymity on the authoritarian brazilian constitution ant its impact on social networks*. In: XXV World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy - Law, Science, Technology, 2011, Frankfurt am Main. Abstract Book. Frankfurt am Main: Normative Orders - Exzellenzcluster an der Goethe-Universität, 2011. p. 346-347.
- COMPARATO, Fabio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: *Dossiê Comunicação*, nº 48, dez./2000-fev./2001.
- CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat (marquis de). *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. Paris: Masson & fils, 1822 [ed. bras.: *Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano*. Campinas: Unicamp, 1993].
- DELEUZE, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- _____. *Foucault*. Lisboa: Vega, 1987.
- _____. *A imagem-movimento: cinema*. 2. ed. Lisboa: Assírio & Alvim, 2009.
- _____. *A imagem-tempo*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- DELEUZE, Gilles, GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 1997.
- DENNINGER, Erhard. *Tutela ed attuazione del diritto nell'età tecnologica*. In: *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, cit.,.
- DUBY, Georges, ARIÈS, Phillippe. *La vita private: dal feudalesimo al rinascimento*. Bari: Laterza, 2001.
- ECO, Umberto. *Sei passeggiate nei boschi narrativi*. Minalo: Bompiani, 1994.
- FACHIN, Luiz Edson. Discriminação por motivos genéticos. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais, dignidade

da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), cit., .

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no collège de france (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1985-2009.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

O ENSINO DO DIREITO ANIMAL: UM PANORAMA GLOBAL*Teaching animal law: a Global overview***TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA SILVA**

Pós-Doutorando pela Pace Law School (New York/USA). Doutor e Mestre em Direito Público da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Visiting Scholar da Michigan State University (MSU/USA). Pesquisador Visitante da University of Science and Technology of China (USTC/China). Presidente do Instituto Abolicionista pelos Animais – IAA: www.abolicionismoanimal.org.br. Membro-fundador da Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental. Pesquisador do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal – NIPEDA/UFBA: www.nipeda.direito.ufba.br. Coordenador da Revista Brasileira de Direito Animal. E-mail: tagore@ufba.br.

RECEBIDO EM: 03.03.2013

APROVADO EM: 15.05.2013

RESUMO

Este artigo visa elaborar um panorama do ensino do Direito Animal no mundo ocidental. O debate moral iniciado na filosofia foi absorvido por diversos sistemas jurídicos através do seu corpo docente e discente, criando uma atmosfera adequada para repensar a teoria do direito e seus sujeitos. Através da visualização das diversas experiências pedagógicas existentes ao redor do planeta, buscou-se definir o atual estágio de desenvolvimento da matéria no Brasil. Sendo assim, a direção proposta é no sentido do reconhecimento do novo paradigma pós-humanista a influenciar uma reinterpretação dos conceitos jurídicos através do ensino do curso Direito Animal nas Faculdades de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO ANIMAL. ENSINO JURÍDICO. PÓS-HUMANISMO. FACULDADE DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

This article aims to provide a World Animal Law courses overview in the Western world. The debate starts in moral philosophy and after it absorbed by various legal systems through its faculty and students, creating an atmosphere appropriate

to rethink the theory of law and its subjects. Through visualization of the various existing educational experiences around the planet, we sought to define the current stage of development of the field in Brazil. Thus, the proposed direction is towards the recognition of the new paradigm posthumanist to influence a reinterpretation of legal concepts through teaching Animal Law course in the Law Schools.

KEYWORDS: ANIMAL LAW. EDUCATION LAW. POSTHUMANISM. LAW SCHOOL. FUNDAMENTAL RIGHTS.

SUMÁRIO: Introdução: a busca de novas direções. 1. Do grupo de Oxford ao Oxford Centre for Animal Ethics. 2. A experiência dos Estados Unidos. 2.1. O papel dos professores. 2.2. O papel da academia e o aumento das publicações. 3. A experiência europeia: o ensino do direito animal em Portugal, Espanha e França. 4. A experiência brasileira. 4.1. Ensino do direito animal e seus professores. 4.2. Os grupos de pesquisa e extensão em direito animal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO: A BUSCA DE NOVAS DIREÇÕES

Durante muito tempo, o ensino do direito foi pensado através de uma metodologia orientada a se afastar dos valores sociais, construindo uma dogmática jurídica que se autodenominava pura, perfeita, já que tinha as mesmas características objetivas das ciências naturais²⁵⁹. Como forma de responder a esta forma de ensino, foi pensada uma nova dogmática, pós-humanizada, a fim de englobar os novos valores sociais, advindos da biologia, filosofia, genética, robótica e da cibernética²⁶⁰.

Neste contexto, seminários, cursos, grupos de pesquisa e palestras têm sido oferecidos nas instituições universitárias, a fim de evidenciar este novo momento pela qual passa o ensino jurídico. O grande número de Faculdades de Direito, a má-formação de alunos e professores, a falta de objetivos e rumos pedagógicos são fatores negativos citados para o agravamento da crise na educação neste campo do conhecimento²⁶¹.

²⁵⁹ Cf. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁶⁰ No campo do direito robótico, ver: CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. *Direito e Pós-Humanidade: Quando os Robôs serão Sujeitos de Direito*, Juruá, 2013.

²⁶¹ Sobre uma crítica da educação jurídica, ver: FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Editora UnB, 1988. pp. 14-30.

Na verdade, o colapso não é apenas do ensino jurídico e da forma de abordagem de seu conteúdo, mas também da própria concepção do direito. A ordem jurídica busca oxigenar seu ordenamento, a fim de responder aos anseios de uma nova sociedade mais dinâmica e plural²⁶².

Historicamente, a ciência jurídica pautou-se por um debate científico formalista que afirmava a autonomia absoluta do direito em relação ao mundo social. O direito era pensado de forma instrumental a ser reflexo ou utensílio a serviço de uma minoria influente²⁶³.

A relação estabelecida entre humanos e não-humanos fundou-se no critério de dominação. Os animais não-humanos têm servido como instrumento do desejo humano ao longo dos anos, tendo seu valor reconhecido a depender da utilidade econômica a que estão vinculados: bovinos, aves, peixes e suínos são vistos como alimentos; equinos para o trabalho e locomoção; caprinos para vestuário; primatas e roedores para experimentação. Nesta inter-relação o interesse jurídico somente era protegido quando vinculado ao empenho humano, ou seja, não havia consideração moral, ética e jurídica do animal que era pensado como objeto de uso dos seus semelhantes²⁶⁴.

A ruptura com esta forma de pensar o animal viria de dentro do próprio sistema jurídico. Autores como Jeremy Bentham²⁶⁵ e Henry Salt²⁶⁶ motivaram os operadores do direito a pensar o sofrimento animal e a criar medidas para evitar estas situações.

Motivados pelo trabalho destes autores, grandes centros universitários começaram a trabalhar com a temática dos animais não-humanos, tentando estabelecer saídas para o melhor convívio entre espécies. Desde o início dos estudos, o trabalho no campo do Direito Animal foi caracterizado pelo forte cunho transdisciplinar, combinando cientistas das mais diversas áreas de conhecimento para o estudo dos animais. Temas como racionalidade, linguagem, origem das espécies, intersubjetividade e sensibilidade foram abordados por cientistas das mais diversas universidades do planeta. Havia uma necessidade de se estabelecer o verdadeiro *locus* do animal na sociedade e sua relação com os humanos²⁶⁷.

²⁶² Cf. MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 167.

²⁶³ Cf. BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. pp. 209-212.

²⁶⁴ WARREN, Marry A. *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 7.

²⁶⁵ Cf. BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: W. Pickering, Lincolnl's inn fields and E. Wilson, Royal Exchange, 1823.

²⁶⁶ Cf. SALT, Henry S. *Animals' rights*. In *Animal rights and human obligations*. New Jersey: Prentice-hall, 1976.

²⁶⁷ Exemplo de grupo transdisciplinar é o Projeto Grandes Primatas (*The Great Ape Project*)

Realmente o estudo sobre os animais começou através da perspectiva de exploração, observação, levantamento e experimentação de recursos naturais, coletando estes seres junto à natureza como amostras de espécies e ecossistemas para posterior observação humana. Os principais financiadores destas explorações eram as Sociedades Científicas e os Museus de História Natural localizados na Europa nos Estados Unidos. O objetivo era classificar os objetos da natureza de acordo com as características morfológicas compartilhadas²⁶⁸.

Este fundamento filosófico interferiu na valoração moral e jurídica dos animais por séculos, uma vez que como objetos de observação, seres vivos, dentre eles animais humanos e não-humanos, foram sendo considerados objetos da ciência. Fazendo parte dos processos de pesquisa, durante muito tempo utilizaram-se estes seres em experimentações que tinham como objetivo o progresso científico²⁶⁹.

A concepção de ciência sem limites éticos e morais adentrou no direito de forma a fundamentar uma exploração legitimada e institucionalizada dos animais e do próprio homem, uma vez que o direito via com indiferença o emprego de práticas hoje concebidas como desumanas nos centros de pesquisa²⁷⁰.

Áreas como a Bioética e o Direito Animal surgem como forma de responder a estes constantes anseios sociais na direção da pós-humanização da sociedade, ao compreender os limites de cada ciência. O direito e seus profissionais são chamados a responder as mais variadas questões, devendo através da perspectiva dessas novas matérias, propor mudanças do paradigma vigente, a fim de possibilitar uma ruptura com este modelo e construção de um novo mais inclusivo²⁷¹.

As próprias instituições de pesquisa buscaram iniciar a mudança, estimulando novas práticas de cooperação e alternativas para a não utilização de animais, humanos e não-humanos, em pesquisas científicas, por exemplo. Nesse instante, os interesses dos não-humanos foram colocados em pauta, porquanto para se ir adiante restou-se imprescindível uma transformação²⁷².

criado em 1993 por Paola Cavalieri e Peter Singer. O projeto era formado por um grupo de cientistas que começaram a defender abertamente a extensão dos direitos humanos para os grandes primatas, dentre os nomes que se associaram ao projeto estavam: primatólogos como Jane Goodall, etólogos como Richard Dawkins e intelectuais como Edgar Morin. Sobre o projeto ver: CAVALIERI, Paola & SINGER, Peter. (eds.). *The Great Ape Project*. New York: St. Martin's Griffin, 1993.

²⁶⁸ BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento II: Da enciclopédia à wikipédia*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2012. pp. 24-25.

²⁶⁹ KEAN, Hilda. *Animal rights: political and social change in Britain since 1800*, Reaktion Books, 1998. pp. 33-96.

²⁷⁰ PAIXÃO, Rita Leal & SCHRAMM, Fermin Roland. *Experimentação Animal. Razões e emoções para uma ética*. EdUFF, Niterói, RJ, 2008. pp. 72-73.

²⁷¹ Ver, de forma geral: KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 116.

²⁷² SENATORI, Megan A. & FRASCH, Pamela D. *The Future of Animal Law: Moving*

Dentro deste cenário, instituições de todo o mundo se mobilizaram para desenvolver alternativas para a defesa dos animais, dentre elas instituições brasileiras como a Universidade Federal da Bahia, pólo gerador de conhecimento jurídico sobre o tema²⁷³.

Este clima acadêmico favorável criado em torno da consideração jurídica e moral dos animais é sinal de crise do paradigma atual que gera uma inicial insegurança²⁷⁴, porém possibilita um sólido avançar científico na direção do fundamento pós-humanista.²⁷⁵

Sendo assim, no desenvolvimento do artigo, procurou-se retratar o panorama do ensino do Direito Animal no mundo ocidental, escrevendo a história a partir do ponto de vista de pesquisadores, docentes e discentes, abordando: 1) os efeitos da produção literária surgida na Universidade de Oxford; 2) a contribuição fornecida pelos pesquisadores estadunidenses à ciência do direito; 3) crescimento do debate europeu em torno da consideração jurídica dos animais; e, por fim, 4) a experiência brasileira na direção do reconhecimento do novo paradigma pós-humanista a influenciar uma reinterpretação dos conceitos jurídicos através do ensino do curso Direito Animal nas Faculdades de Direito.

1. DO GRUPO DE OXFORD AO OXFORD CENTRE FOR ANIMAL ETHICS

Pode-se dizer que a Universidade de Oxford foi o berço para o surgimento do movimento de libertação animal, pois foi nos seus corredores que professores e estudantes começaram a criar uma teoria a considerar os interesses dos animais não-humanos.

Ainda em 1640, Robert Boyle, químico e fisiologista da instituição, afirmou que os animais eram dotados de razão, pois humanos e não-humanos eram produtos da divindade. Para Boyle, a crueldade imposta aos animais poderia gerar efeitos negativos na personalidade dos seres humanos. Estes não tinham o direito de causar sofrimento desnecessário aos animais, sendo considerado censurável matar apenas por prazer. Nesse sentido, práticas como brigas de galo, caça de ursos e lebres, maus-tratos a animais domésticos, encarceramento de animais selvagens, métodos brutais de abate e vivisseção, eram considerados barbaridades cometidas

Beyond Preaching to the Choir. *Journal of Legal Education*. Vol. 60. n.02. p. 209-236. November, 2010. pp. 235-236.

²⁷³ A Universidade Federal da Bahia, através da Faculdade de Direito, iniciou um processo de mudança de paradigma na seara jurídica, englobando nas suas linhas de pesquisa o tema da Bioética e o Direito Animal. Sobre o assunto, ver: www.ppgd.ufba.br.

²⁷⁴ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* 2. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1993. p. 131

²⁷⁵ Ver conceito de progresso científico em: POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2004.

contra os não-humanos²⁷⁶.

O discurso de Boyle opunha-se à teoria dos animais autômatos de René Descartes²⁷⁷, ao afirmar que Deus não poderia permitir que as criaturas sem pecado sofressem²⁷⁸. Ao retirar qualquer significado moral dos animais, Descartes equiparou os não-humanos a objetos destituídos de sentimento e razão²⁷⁹. Diferentemente, Boyle evidenciou similaridades entre a estrutura de corpos humanos e dos não-humanos, asseverando uma racionalidade para animais²⁸⁰. Embora ele afirme que esta razão seria inferior à humana, Boyle considerava o sofrimento gratuito dirigido aos animais um pecado²⁸¹.

A mudança na relação entre homens e animais foi sentida pelos intelectuais britânicos que, em 1772, através de James Granger, vigário de Shiplake, Oxford, pregou o primeiro sermão registrado contra a crueldade animal²⁸². No mesmo sentido, John Henry Newman, clérigo da Igreja da Universidade de St. Mary, na homilia da Sexta-feira Santa de 1842, sustentou que o sofrimento dos animais era moralmente equivalente ao sofrimento de Cristo na cruz²⁸³.

²⁷⁶ THOMAS, Keith. *O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500 – 1800)*. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 202.

²⁷⁷ Sobre a teoria de René Descartes, ver: HARRISON, Peter. Descartes on Animals. *Philosophical Quarterly*. Vol. 42. pp. 239-48. 1992.

²⁷⁸ René Descartes contribuiu para excluir os animais da esfera das preocupações morais humanas. Ele justificava a exploração dos animais ao afirmar que eles seriam somente autômatos ou máquinas destituídas de sentimentos, incapazes, portanto, de experimentar sensações de dor e de prazer – teoria do animal-máquina. DESCARTES, René. *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007. pp. 56-58.

²⁷⁹ LEVAI, Laerte Fernando & DARÓ, Vânia Rall, Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, out./dez., 2004. pp. 138-139.

²⁸⁰ Sobre o tema ver: BYNUM, William F. The Anatomical Method, Natural Theology, and the Functions of the Brain. *Isis*. Vol. 64. Nº 04. p. 444-468. Dec., 1973. pp. 445-447.

²⁸¹ OSTER, Malcolm R. The ‘Beame of Diuinity’: Animal Suffering in the Early Thought of Robert Boyle. *The British Journal for the History of Science*. Vol. 22. Nº. 2. pp. 151-179. Jul, 1989. pp. 151-152.

²⁸² Homilia publicada em: GRANGER, James. An Apology for the Brute Creation, Or Abuse of Animals Censured. In: *Sermon on Proverbs XII*. 10. Preached in the Parish Church of Shiplake, in Oxfordshire, October 18, 1772.

²⁸³ Diz John Newman em seu sermão: “(...) o nosso Senhor é chamado de cordeiro na Bíblia, isto é, Ele era tão indefeso e inocente como um cordeiro é. Desde então, a Escritura compara a este animal inofensivo e desprotegido, que pode, sem presunção ou irreverência tomar a imagem como um meio de transmitir às nossas mentes os sentimentos que os sofrimentos de nosso Senhor deve excitar em nós. Quero dizer, considere quão horrível é ler as notícias que, por vezes, encontrar-nos de crueldades exercidas em animais irracionais. Será que às vezes

Lewis Carroll (Charles L. Dodgson) professor de matemática em *Christ Church* em 1875 publicou “*Some Popular Fallacies about Vivisection*” (Algumas falácias populares sobre a vivissecção), censurando as experimentações feitas com animais em Oxford²⁸⁴. A movimentação gerada pelo texto de Carroll culminou com a renúncia de John Ruskin da cadeira de “Slade Professor” em Belas Artes na Universidade de Oxford, por não concordar com a conduta adotada pelo centro universitário inglês²⁸⁵.

As discussões e debates acalorados criaram um ambiente favorável para a consideração dos interesses dos animais. Pesquisadores voltaram-se ao estudo da temática dos não-humanos, iniciando a construção do que viria a ser o embrião do movimento de libertação animal²⁸⁶.

Autores como Edward Nicholson²⁸⁷, C. J. Cadoux, C. S. Lewis²⁸⁸ e Austin Farrer, membros de Oxford, publicaram textos contrários à vivissecção e ao tratamento cruel dirigido aos animais não-humanos. Criava-se, na época, uma filosofia que reverenciava a vida e daria a Albert Schweitzer o Prêmio Nobel da Paz em 1952²⁸⁹.

Este clima vivido em Oxford corroborou com uma reviravolta científica propagada pela instituição britânica a colocar os animais não-humanos em lugar de

não nos fazem estremecer ao ouvir falar deles. Ao mesmo tempo, é a ação desenfreada dos proprietários que com raiva e de forma bárbara maltratam seus animais, e em outro, é o ato de sangue frio e calculista dos homens da ciência, que fazem experiências com animais irracionais, talvez apenas de uma espécie de curiosidade. (...) Pois o que era isso, mas a própria crueldade infligida a nosso Senhor?” (tradução do autor). NEWMAN, John Henry. *Sermon Notes*, 1849-1878. Longmans, Green & Co, 1913. p. 113.

²⁸⁴ Cf. CARROLL, Lewis. *Some Popular Fallacies about Vivisection*. *Fortnightly Review*. Vol. 17.102. May 1865-June 1875. pp. 847-854.

²⁸⁵ John Ruskin considerava o aumento das pesquisas em animais vivos em laboratório de fisiologia um dos efeitos mais lamentáveis da interpretação das teorias de Darwin no campo da anatomia comparada. Ruskin entregou sua carta de demissão ao vice-reitor da Universidade após a aprovação de práticas de vivissecção no campus, alegando que “(...) pela tortura de milhares de animais, a saúde, a paz e a felicidade foram perdidas, porque os fisiologistas estavam continuamente infectando seus alunos não com a raiva comum do cão, mas com a raiva do homem (...)”. MAYER, Jed. *Ruskin, vivisection, and scientific knowledge*. *Nineteenth-Century Prose*. Vol.35, Issue 1. pp. 200-266. Spring, 2008. p. 201.

²⁸⁶ RYDER, Richard. *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*. Basil Blackwell, 1989. pp. 113-116.

²⁸⁷ Ver sobre o tema: NICHOLSON, Edward Williams Byron. *The rights of an animal: a new essay in ethics*. C. Kegan Paul & Co, 1879.

²⁸⁸ Ver sobre o trabalho do autor: LINZEY, Andrew. CS Lewis’s theology of animals. *Anglican Theological Review*. Vol. 80. pp. 60-81. Winter, 1998. pp. 60-63.

²⁸⁹ Sobre este momento, ver o texto de: WARREN, Marry A. *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 24.

destaque, seja nos centros de pesquisa, como também nos debates sociais. Os animais deveriam ser pensados não mais como cobaias para experimentação humana, mas como detentores de valores éticos e morais a serem considerados pelo homem²⁹⁰.

Em 10 de outubro de 1965, o *Sunday Times* publicou uma coluna assinada por Brigid Brophy intitulada *The rights of animals* (Os direitos dos animais)²⁹¹. Nesse momento, percebeu-se que os debates tinham avançado para além dos muros de Oxford e ganhado as ruas. Era momento de progredir para a formação de uma base moral sólida na defesa da libertação animal²⁹².

O panázio a engatilhar este movimento foi à publicação da coletânea “Animais, o homem e a moral” (*Animals, Man and Morals*)²⁹³, em 1971, publicada por três estudantes universitários de Oxford. Stanley e Rosalind Godlovitch e John Harris, junto com alguns professores como Richard Ryder, formaram o que viria a se chamar “Grupo de Oxford de Pesquisa sobre os Animais”²⁹⁴.

A geração do Grupo de Oxford vivenciava uma época em que os movimentos pelos direitos civis estavam em plena evolução, e a busca pelo fim do preconceito parecia ter esquecido os animais não-humanos²⁹⁵. Foi neste instante que, estabelecendo uma relação entre o racismo, o sexismo e o classismo, Richard Ryder cunhou a expressão “especismo” (*speciesism*)²⁹⁶.

²⁹⁰ Sobre a relação da Universidade de Oxford com uma ética relacionada aos animais não-humanos, visitar: <http://www.oxfordanimaethics.com/home/>. Acessado em: 10.07.2013.

²⁹¹ Brigid Brophy, em seu texto, articulou que “a relação dos *Homo sapiens* com os outros animais é de constante exploração. Nós utilizamos o trabalho deles; alimentamo-nos e lhes transformamos em nosso vestuário. Nós os exploramos para que sirvam para nossas superstições, já que usamo-los em devoção aos nossos deuses, arrancando seus órgãos para previsão de nosso futuro, nós agora os sacrificamos em nome da ciência e experimentamos seus corpos na esperança – ou na mera tentativa – de que possamos ver um pouco melhor o presente”. BROPHY, Brigid. *The rights of animals*. *Sunday Times*. Published in 10 October 1965.

²⁹² RYDER, Richard. *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*. Basil Blackwell, 1989. p. 07.

²⁹³ Cf. GODLOVITCH, Stanley, GODLOVITCH, Rosalind and HARRIS, John (eds.), *Animals, Man and Morals: An Enquiry Into the Maltreatment of Non-Humans*, London: Taplinger Publish Co, 1971.

²⁹⁴ RYDER, Richard D. The Oxford Group. In BEKOFF, Marc, and CARRON Meaney. *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*. Westport, CT: Greenwood Publishing Group, Inc., 1998. p. 261.

²⁹⁵ RYDER, Richard D. Os animais e os Direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 04. pp. 67-70, 2008. p. 67.

²⁹⁶ Richard Ryder estava em Oxford, em 1970, quando fez a relação da discriminação sofrida pelos animais não-humanos com a temática do racismo e do sexismo. Para divulgar suas ideias, Ryder escreveu um folheto e distribuiu pela Universidade de Oxford, contudo, na primeira tentativa não recebeu nenhuma resposta. Na segunda tentativa, conheceu Peter Singer que o convidaria para ser coautor em *Libertação Animal*. Porém, ele não aceitou. Em

O grupo de Oxford receberia mais três adeptos: Andrew Linzey²⁹⁷, Stephen Clark²⁹⁸ e Peter Singer²⁹⁹. Este último escreveu, em 1973, uma crítica intitulada *Libertação Animal*, sobre o livro “Animais, o homem e a moral” (*Animals, Man and Morals*), no *New York Review of Book*, dizendo que a publicação era um verdadeiro manifesto na defesa dos animais³⁰⁰. Singer expunha que a última fronteira remanescente de discriminação era a do especismo, devendo se avançar para um movimento

seguida, cópia do folheto: “Desde Darwin, os cientistas concordaram que não há uma ‘misteriosa’ diferença entre o ser humano e outros animais. Por que, então fazemos uma distinção moral quase total? Se todos os organismos estão em um contínuo físico, então devemos também estar no mesmo *continuum* moral. A palavra ‘espécie’, como a palavra ‘raça’, não é precisamente definível. Leões e tigres podem cruzar. Em condições especiais de laboratório, se, em breve, se puder acasalar um gorila com um professor de biologia - será a prole mantida em uma gaiola ou um berço? Costuma-se descrever o Homem de Neandertal como uma espécie separada de nós mesmos, uma espécie especial que sobreviveu na Era do Gelo. No entanto, a maioria dos arqueólogos acreditam agora que esta criatura não-humana praticada enterro ritual e possuía um cérebro maior do que nós. Suponha que o Abominável Homem das Neves indescritível, quando capturados, acaba por ser o último sobrevivente da espécie Neandertal, que nós dar-lhe um lugar na ONU ou iríamos implantar eletrodos em seu cérebro super-humano? Eu uso esses exemplos hipotéticos, mas possível, para chamar a atenção para a falta de lógica do nosso presente moral posição no que respeita às experiências com animais. Cerca de cinco milhões de animais de laboratório, cada vez mais deles primatas como nós, são mortos todos os ano só no Reino Unido, e os números estão agora escalada fora de controle. Para além do Direito de viver, um critério moral claro é o sofrimento, o sofrimento da prisão, medo e tédio, bem como a dor física. Se assumirmos que o sofrimento é uma função do sistema nervoso, então é ilógico argumentar que outros animais não sofrem de uma forma semelhante à que se estabeleceu-se precisamente por alguns outros animais têm sistema nervoso. Os únicos argumentos em favor de experiências dolorosas em animais são: 1) que o avanço da conhecimento justifica todos os males, bem, não é? 2) que os possíveis benefícios para a nossa própria espécie justificar maus tratos de outras espécies, este pode ser um argumento bastante forte quando se aplica a experiências em que as possibilidades de sofrimento são mínimos e a probabilidade de ajudar a medicina aplicada é grande, mas mesmo assim ainda é apenas ‘Especismo’, e, como tal, é um argumento emocional egoísta ao invés de um único fundamentado. Não tenha medo de expressar seus pontos de vista. Contem aos parlamentares, professores, editores de revistas sobre esta questão moral cada vez mais importante”. RYDER, Richard D. Speciesism Again: The Original Leaflet. *Critical Society*. Spring, Issue 2, 2010. pp. 01-02.

²⁹⁷ Cf. LINZEY, Andrew. *Animal Rights: A Christian Assessment of man's*. London: SCM Press, 1976.

²⁹⁸ Cf. CLARKE, Stephen R. L. *The Moral Status of Animals*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

²⁹⁹ Cf. SINGER, Peter. *Animal Liberation: a New Ethics for our Treatment of Animals*. New York: New York Review/Random House, 1975.

³⁰⁰ CHIASSONI, Pierluigi. L'inescusabile specismo del mangiatore di tartare divagazioni sui diritti degli animali. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 07. Ano 05. jul./dez. pp. 13-41. Salvador: Evolução, 2010, p. 26.

de libertação a expandir os horizontes morais, de modo que práticas anteriormente consideradas naturais e inevitáveis fossem vistas como inaceitáveis³⁰¹.

A revisão feita por Singer ganha uma repercussão muito grande nos Estados Unidos, sendo o estudante australiano convidado a pesquisar na Universidade de Nova Iorque e a lançar seu livro por aquela editora³⁰². Comentando o caso, Tom Regan pontuou que foi a primeira vez que a revisão de um livro ficou mais famosa do que o livro revisado³⁰³. Em 1975, Peter Singer lançou “Libertação Animal” (*Animal Liberation*) e Richard Ryder, “Vítimas da ciência” (*Victims of Science*)³⁰⁴.

Não demoraria para acontecer a primeira grande Conferência internacional sobre direitos dos animais em 1977. Organizada por Ryder, juntamente com Andrew Linzey na *Trinity College*, em Cambridge, tendo como resultado a publicação de *Animal Rights: Symposium* em 1979³⁰⁵, onde constava “A declaração contra o Especismo”³⁰⁶.

O grupo de Oxford foi protagonista de uma série de mudanças filosóficas, jurídicas e éticas em torno dos animais, sendo responsáveis por estabelecer uma interrelação entre o conhecimento acadêmico com as demandas sociais.

Em 2006, Andrew Linzey funda o *Oxford Centre for animal Ethics* com o objetivo de contribuir com o debate político esclarecido sobre os animais não-humanos, estabelecendo uma agenda acadêmica de publicação e formação de intelectuais na área. Linzey contou com o apoio de mais de cem acadêmicos³⁰⁷, dentre eles o prêmio Nobel J. M. Coetzee³⁰⁸. Atualmente, conta com a participação de um profes-

³⁰¹ Ver sobre a exposição completa em: SINGER, Peter. *Animal liberation*. *The New York Review of Books*. Vol. 20. Nº 05. Publicado em 05 de Abril de 1973.

³⁰² RYDER, Richard D. The Oxford Group. In BEKOFF, Marc, and CARRON Meaney. *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*. Westport, CT: Greenwood Publishing Group, Inc., 1998. p. 262.

³⁰³ REGAN, Tom. The More Things Change. A review of Richard Ryder’s. *Animal Revolution: Changing Attitudes. Towards Speciesism. Between the Species*. p. 110-115. North Carolina State University, Spring 1991. p. 110.

³⁰⁴ Cf. RYDER, Richard D. *Victims of Science: The Use of Animals in Research*. London: David-Poynter, 1975.

³⁰⁵ Cf. PATERSON, David & RYDER, Richard D. *Animals’ Rights: A Symposium*. Open Gate Press, 1979.

³⁰⁶ REGAN, Tom. The More Things Change. A review of Richard Ryder’s. *Animal Revolution: Changing Attitudes. Towards Speciesism. Between the Species*. p. 110-115. North Carolina State University, Spring 1991. p. 111.

³⁰⁷ Ainda em Oxford, pode-se encontrar o VERO – *Voice for ethical research at Oxford*, contando com o apoio de Ryder e Coetzee. Sobre o grupo ver: <http://www.vero.org.uk/default.asp>. Acessado em: 10 de Julho de 2013.

³⁰⁸ Sobre o apoio dado ao centro de pesquisa de Oxford ver: SIMPSON, Matthew. Coetzee in Oxford. *Oxford Magazine*. Nº. 289. Trinity Term 2009.

sor brasileiro, Carlos Naconecy,³⁰⁹ que vem desenvolvendo estudos na área de Ética Animal.

O movimento filosófico atravessa o Oceano Atlântico e encontra nas universidades estadunidenses terreno fértil para desenvolver uma teoria jurídica em torno dos animais.

2. A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS

A transferência dos fundamentos filosóficos da Inglaterra para os Estados Unidos não aconteceu de forma espontânea, ao contrário, necessitou de um trabalho árduo de organizações, associações e diretores de faculdades que reivindicaram na sociedade a legitimação do debate pelos direitos para os animais³¹⁰. Para um número considerável de pessoas, o curso de Direito Animal era visto como uma novidade esporádica que logo iria acabar³¹¹. Contudo, com o passar dos anos, já são visualizadas mais de cento e quarenta Faculdades de Direito nos Estados Unidos ministrando Direito Animal, seja como matéria obrigatória ou como matéria eletiva em seus currículos³¹².

O primeiro curso de Direito Animal dos Estados Unidos foi em 1977, na *Seton Hall Law School*, em Newark/New Jersey, ministrado por Theodore Sager Meth sob o nome de “A lei e os animais” (*The Law and Animals*). O componente curricular surgiu depois que alunos pediram a inserção da matéria para os diretores da Faculdade como uma forma de entenderem a questão animal difundida por Peter Singer em seu livro *Libertação Animal*, porém a disciplina apenas durou um semestre devido à falta de apoio institucional³¹³.

Logo vieram os cursos da *Dickinson School of Law* na *Penn State University*, em 1983, ministrado pelos Professores Les MacRae e Geoffrey R. Scott, denominado “A lei dos animais” (*The Law of Animals*) e em 1985, o curso da *Pace Law School*, lecionado por Jolene Marion, desta vez, em formato de seminário (*Animal*

³⁰⁹ Ver trabalho publicado do autor em Oxford: NACONECY, Carlos. *Review Ethics and Animals: An Introduction* Gruen Lori Cambridge University Press Cambridge, England. *Journal of Animal Ethics*. Vol. 02. pp. 222-224, 2012.

³¹⁰ Cf. SENATORI, Megan A. & FRASCH, Pamela D. *The Future of Animal Law: Moving Beyond Preaching to the Choir*. *Journal of Legal Education*. Vol. 60. n.02. pp. 209-236. November, 2010.

³¹¹ Ver este debate em: FAVRE, David. *The Gathering Momentum*. *Journal of Animal Law* Vol. 01. 2005. p. 03. Em português, FAVRE, David. *O ganho de força dos Direitos dos animais*. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 01. Nº. 01, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto Abolicionista Animal, 2006.

³¹² Ver acompanhamento do número de Faculdades de Direito nos Estados Unidos e Canadá no site da ALDF, disponível em: <http://aldf.org/animal-law-courses/>. Acessado em: 01 de Agosto de 2013.

³¹³ TISCHLER, Joyce. *Building our Future*. *Animal Law*. Vol. 15. pp. 01-07. 2008. p. 02.

Law Seminar)³¹⁴.

Entre os anos 1970 até 2000, poucas Faculdades de Direito nos Estados Unidos instituíram o curso de Direito Animal. Entretanto, o cenário mudou através do estímulo que ocorreu no país por meio da realização de conferências, publicação de revistas e periódicos acadêmicos, criação de fundos específicos de pesquisa e fomento, além da formação de programas de pós-graduação e pesquisa no campo do Direito Animal. Somam-se a estes fatores, o importante papel realizado pelas comissões de Direito Animal da ABA (Ordem dos Advogados dos Estados Unidos) – *Bar Association Animal Law Sections and Committees* e o trabalho desenvolvido pela ALDF – Fundo de Defesa dos Animais³¹⁵.

Em pouco tempo, os Estados Unidos tornaram-se referência na área de Direito Animal, porquanto houve: 1) um grande crescimento no número de instituições que oferecem o curso de Direito Animal; 2) o reconhecimento da autonomia da disciplina por parte das Faculdades de Direito, culminando com a criação de cadeiras de tempo integral junto ao seu corpo docente; 3) um estímulo a maior produção acadêmica; e 4) a adoção da matéria em faculdades como *Duke*, *Harvard* e *New York*, mais conservadoras, o que ajudou a fomentar a criação de grupos de pesquisa para estudar a consideração jurídica dos animais³¹⁶.

O desenvolvimento de uma infraestrutura a suportar esta mudança de paradigma proposta pelo Direito Animal foi sendo criada principalmente pelos centros de pesquisa jurídica norteamericana, sendo que, dentre eles, destacam-se o trabalho desenvolvido pelos Professores: Steven Wise³¹⁷ (*Harvard Law School*), David Favre (*Michigan State University College of Law*), David Cassuto (*Pace Law School*), Pamela Frash e Kathy Hessler (*Lewis & Clark Law School*); em suas instituições.

Os professores Wise, Favre, Cassuto, Frash e Hessler colaboraram para o incremento deste campo do saber jurídico, instituindo parcerias, publicações, sites de pesquisa e acordos entre instituições que permitiram o avanço do Direito Animal não apenas nos Estados Unidos como também fora de seu território.

2.1. O PAPEL DOS PROFESSORES

Quando, em 1999, o jornalista William Glaberson escreve no *New York Times* o artigo intitulado “Juristas de vanguarda tentam elevar o *status* dos animais”

³¹⁴ TISCHLER, Joyce. A Brief History of Animal Law, Part I (1972-1987). *Stanford Journal of Animal Law and Policy*. Vol. 01. p. 01-49. 2008. p. 10.

³¹⁵ TISCHLER, Joyce. Building our Future. *Animal Law*. Vol. 15. p. 01-07. 2008. p. 02.

³¹⁶ SANKOFF, Peter, Charting the Growth of Animal Law in Education. *Journal of Animal Law*. Vol. 04. p. 105-148. 2008. p. 109.

³¹⁷ Steven Wise foi professor substituto na Faculdade de Direito de Harvard. Um professor substituto (nos EUA) ensina apenas uma parte do tempo, nem sempre pago, e não pode assumir responsabilidades acadêmicas nos órgãos da Faculdade.

(*Legal Pioneers Seek to Raise Lowly Status of Animals*), talvez ele soubesse da importância que faria para o progresso do Direito Animal como campo específico de conhecimento jurídico nas Faculdades de Direito dos Estados Unidos³¹⁸.

Glaberson atestou o momento de legitimação social da matéria que causaria um aumento na formação de grupos de pesquisa e a diminuição dos obstáculos psicológicos e conceituais em torno da consideração moral e jurídica dos animais³¹⁹. A partir de então, o sistema judicial passou a ser percebido como um espaço estratégico de mudança de paradigma em torno dos animais, crescendo o entendimento no qual o Poder Judiciário colaboraria para a transformação do *status* jurídico do animal não-humano³²⁰.

A exposição da matéria colaborou com mudanças de atitude em relação aos animais, aumentando a legitimação popular. Professores como David Favre, Steven Wise, Taimie Bryant e Thomas Kelch fizeram parte do início do processo de conscientização pela disciplina Direito Animal³²¹, em que o intuito era estimular uma metodologia voltada à diversidade de opiniões, compromisso com o pensamento crítico e a discussão aberta e criativa³²².

De forma pioneira, a disciplina “Direito Animal” foi introduzida nos currículos das instituições onde lecionavam, formando os primeiros centros de pesquisa sob o tema nos Estados Unidos. A *Michigan State University College of Law*, por exemplo, em 1983, começou a oferecer o curso de *Wildlife Law*, ministrado por David Favre³²³, tendo como objetivo da matéria pautar as questões relativas à natureza

³¹⁸ O *New York Times* franquia acesso gratuito ao texto em: GLABERSON, William. *Legal Pioneers Seek to Raise Lowly Status of Animals*. *The New York Times*. Publicado em: 18 de Agosto de 1999. Disponível em: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9500E-2DE1638F93BA2575BC0A96F958260&sec=&spon=&pagewanted=2>. Acessado em: 01 de Agosto de 2013.

³¹⁹ BARTLETT, Steven J. *Roots of Human Resistance to Animal Rights: Psychological and Conceptual Blocks*. *Animal Law*, v. 8, pp. 143-176 (2002). p. 149. Ver, em português, BARTLETT, Steven J. *Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: Bloqueios psicológicos e conceituais*. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Evolução, Vol.2, n.3, pp. 17-66, jul./dez. 2007.

³²⁰ Sobre o tema, ver: WISE, Steven M. *The Entitlement of Chimpanzees to the Common Law Writs of Habeas Corpus and de Homine Replegiando*. *Golden Gate Law Review*. Vol. 37.2. Winter, 2007. p. 220.

³²¹ TISCHLER, Joyce. *A Brief History of Animal Law, Part II (1985 –2011)*. *Stanford Journal of Animal Law and Policy*. Vol. 5. pp. 27-77. 2012. p. 36.

³²² WALDAU, Paul. *Law & Other Animals*. In *Teaching the Animal: Human-animal studies across the disciplines* New York: Margo DeMello ed, 2010. p. 218.

³²³ Favre ainda, em 1979, defendia que “cada vez mais era evidente que o sistema jurídico norte-americano começaria a reconhecer e implementar uma nova área de Direito expressamente preocupada com a questão dos animais. Embora o termo ‘*Wildlife Law*’ possa parecer estranho, conceitualmente, as recentes leis federais e suas interpretações judiciais têm se

jurídica, instrumentos processuais e tratados internacionais referentes aos animais não-humanos³²⁴.

O oferecimento de uma disciplina que considerasse os interesses dos animais gerou um efeito cascata para a proposta de mudanças jurídicas possíveis no ordenamento jurídico estadunidense, principalmente depois que ela começou a ser lecionada na *Harvard Law School* por Steven Wise³²⁵. Steven Wise militava como advogado em Boston e foi responsável por algumas decisões favoráveis aos animais naquela região. Junto com Favre, atuou no Fundo de Defesa Animal – (*Animal Legal Defense Fund – ALDF*), colaborando para que a Ordem dos Advogados norte-americana (*American Bar Association - ABA*) apoiasse a causa animal³²⁶.

Para Joyce Tischler, o apoio da ABA foi decisivo para a criação e suporte do Direito Animal perante advogados animalistas e tribunais³²⁷, pois eram as comissões criadas pelas seccionais que davam apoio jurídico e doutrinário aos operadores deste novo campo do direito³²⁸.

O envolvimento de instituições como: a ABA e a ALDF fez surgir uma demanda crescente para formação de profissionais na área de Direito Animal, sendo necessário a definição de materiais didáticos, planos de ensino, especializações e publicações para o aperfeiçoamento profissional dos *jusanimalistas*. O crescimento da matéria não se limitava apenas ao contexto norte-americano, avançando para países como o Brasil³²⁹.

David Cassuto, professor da *Pace Law School*, é um dos responsáveis pelo intercâmbio cultural com o Brasil através do Instituto Brasil-EUA de Direito e Meio Ambiente (*Brazil-American Institute for Law and Environment – BAILE*). Cassuto leciona na única instituição americana que possui um doutorado (*SJD – Doctor of Juridical Science*) voltado para as questões ambientais e animais, o que colabora para

incomodado com a relação humano x não-humanos, a fim de controlar alguns dos conflitos mais graves entre os demais animais e os seres humanos”. FAVRE, David. *Wildlife Rights: The Ever Widening Circle. Environmental Law*. Vol. 09. pp. 241-281. 1979.

³²⁴ Em 2002, David Favre criou o Animal Legal & Historical Center, contendo o maior banco de dados mundial em torno da questão dos animais. Este espaço tornou-se fundamental para desenvolvimento do tema e o fácil acesso às informações sobre os não-humanos. Sobre o website, favor acessar: www.animallaw.info. Acessado em: 01 de agosto de 2013.

³²⁵ WISE, Steven M. *The Evolution of Animal Law since 1950*. In *The State of the Animals II*: 2003. p. 104.

³²⁶ ORTIZ, Fran. *Animal Law in the Classroom. Texas Bar Journal*. Vol. 74. Nº 10. pp. 902-904. November 2011. p. 903.

³²⁷ TISCHLER, Joyce. *A Brief History of Animal Law, Part II (1985 –2011). Stanford Journal of Animal Law and Policy*. Vol. 5. pp. 27-77. 2012. p. 35.

³²⁸ ORTIZ, Fran. *Animal Law in the Classroom. Texas Bar Journal*. Vol. 74. Nº 10. pp. 902-904. November 2011. p. 903.

³²⁹ TISCHLER, Joyce. *A Brief History of Animal Law, Part II (1985 –2011). Stanford Journal of Animal Law and Policy*. Vol. 5. pp. 27-77. 2012. p. 35.

a interrelação com Universidades como a Federal da Bahia e a Faculdade Getúlio Vargas (FGV/RIO), onde ele tem ministrado aulas e participado do progresso das discussões deste país³³⁰.

2.2. O PAPEL DA ACADEMIA E O AUMENTO DAS PUBLICAÇÕES

Em 1993, estudantes e alguns egressos da *Lewis & Clark Law School* como Nancy Perry fundaram o primeiro periódico dedicado exclusivamente à publicação de artigos de Direito Animal. A Revista *Animal Law* consagrou-se rapidamente entre os periódicos nos Estados Unidos, uma vez que abriu espaço para discussão de novas interpretações dos institutos jurídicos a fim de preservar o interesse dos animais não-humanos³³¹.

Em pouco tempo, outras revistas foram publicadas em instituições de ensino superior ao redor do país, estimulando seus centros de pesquisa e seus estudantes no desenvolvimento da matéria. Os periódicos *Stanford Journal of Animal Law and Policy*, *Journal of Animal Law* (Michigan State), *Journal of Animal Law and Ethics* (University of Pennsylvania) e o *Journal of Animal & Environmental Law* (University of Louisville) corroboraram com o crescimento do debate jurídico-filosófico e com a criação da disciplina Direito Animal³³².

Foi a partir das publicações da revista *Animal Law* que se percebeu a necessidade da criação de uma linha de pesquisa em Direito Animal na Faculdade de Direito *Lewis & Clark*, contribuindo para a formação de intelectuais voltados para o debate em favor dos animais. A *Lewis & Clark Law School* rapidamente se destacou no campo do Direito Animal. Em 2001, houve a fundação do Centro Nacional de Pesquisa em Direito Animal (*Center for Animal Law Studies*) e de um programa de pós-graduação exclusivamente voltado para as preocupações com os animais não-humanos, fornecendo material teórico e prático para a formação de novos profissionais do direito³³³.

De fato, professores e estudantes da *Lewis & Clark* construíram um feixe

³³⁰ O objetivo do Instituto Brasil-EUA de Direito e Meio Ambiente – Baile é trabalhar na melhoria da proteção ambiental e animal, promovendo a reflexão da legislação em busca de interpretações mais eficazes para os envolvidos. O Instituto estimula a cooperação internacional para estimular e aperfeiçoar a legislação ambiental progressiva em ambos os países. Mais informações em: <http://www.law.pace.edu/BAILE>. Acessado em: 01.08.2013.

³³¹ PERRY, Nancy V. Ten Years of Animal Law at Lewis & Clark Law School. *Animal Law*. Vol. 09. p. ix-xv. 2003. p. ix.

³³² Sobre os periódicos que tratam da proteção animal no sistema jurídico norte-americano, visitar: <http://aldf.org/resources/law-professional-law-student-resources/law-students-saldf-chapters/animal-law-books-periodicals/>. Acessado em: 01.08.2013.

³³³ Sobre a evolução da *Lewis & Clark Law School* no contexto norte-americano, acessar o site da instituição em: http://law.lclark.edu/centers/animal_law_studies/about_us/. Acessado em: 01.09.2013.

de materiais didáticos exclusivo no campo do Direito Animal, possibilitando que outras instituições tivessem acesso a um conteúdo didático-pedagógico em torno da matéria³³⁴. O currículo do curso de Direito Animal foi pensado a oferecer aos alunos as mais diversas perspectivas do tratamento animal, de forma a não priorizar correntes filosóficas ou abordagens pessoais, avançando as discussões do campo teórico e filosófico para debates práticos e jurídicos em torno dos problemas que poderiam ser encontrados durante o aprendizado profissional dos alunos³³⁵.

A *Lewis & Clark* conseguiu ao decorrer dos anos edificar uma pós-graduação sólida no campo do Direito Animal, tendo o primeiro mestrado na área em parceria com a ABA – *American Bar Association* e do Fundo de Defesa dos Animais (*Animal Legal Defense Fund – ALDF*)³³⁶.

De acordo com David Cassuto, esta evolução do estudo do Direito Animal pode estabelecer um currículo mínimo para a compreensão da matéria, abordando temas como: a) o movimento pelos direitos dos animais; b) o desenvolvimento das leis anticrueldade; c) avanço das legislações estaduais e federais; d) experimentação e vivissecção animal; e) animais usados como entretenimento, para fins religiosos ou para fins educativos; f) abate humanitário, dentre outros. Para Cassuto, estes assuntos devem sempre ser tratados de forma a estabelecer uma conexão entre as questões ambientais e as questões dos animais, propondo uma nova interpretação desses sujeitos de direito³³⁷.

Desta forma, um currículo plural possibilita ao estudante desenvolver um raciocínio, levando em consideração os interesses dos animais não-humanos através de uma abordagem diferenciada para cada nível de instrução. Na graduação, o curso oferecido contém um panorama geral dos temas de Direito Animal³³⁸, sendo a disciplina oferecida nos primeiros anos do curso de direito³³⁹. Já na pós-graduação, há a possibilidade de aprofundamento de cada um dos tópicos do panorama visto na

³³⁴ Pamela Frash, professora da instituição, foi a primeira diretora e coautora de um *casebook* sobre Direito Animal. Cf. WAISMAN, Sonia S.; FRASCH, Pamela D. & WAGMAN, Bruce A. *Animal Law: Cases and Materials*. 3. ed. Durham, NC: Carolina Academic Press 2006.

³³⁵ SENATORI, Megan A. & FRASCH, Pamela D. The Future of Animal Law: Moving Beyond Preaching to the Choir. *Journal of Legal Education*. Vol. 60. n.02. pp. 209-236. November, 2010. p. 210.

³³⁶ Sobre o *Animal Law LL.M.*, ver: https://law.lclark.edu/centers/animal_law_studies/curriculum/LLM/. Acessado em: 01.08.2013.

³³⁷ Ver o plano de aula do Professor David Cassuto no site: <http://www.law.pace.edu/faculty/david-n-cassuto>. Acessado em: 01.08.2013.

³³⁸ A *Lewis & Clark Law School*, por exemplo, chama a disciplina de Direito Animal – um panorama – (*Animal Law - an overview*). Sobre a disciplina oferecida no *juris doctor* da instituição ver: http://law.lclark.edu/centers/animal_law_studies/about_us/. Acessado em: 01.08.2013.

³³⁹ DECKHA, Maneesha. Teaching Posthumanist Ethics in Law School: The Race, Culture, and Gender Dimensions of Student Resistance. *Animal Law*. Vol. 16. pp. 287-315. p. 313.

graduação, aprofundando temas no campo da filosofia, epistemologia, teoria geral e da dogmática animal³⁴⁰.

A visão do Direito Animal como disciplina autônoma já é uma realidade em países como os Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, China, Austrália, Nova Zelândia, Portugal, Itália, Espanha, Índia e Brasil³⁴¹. As experiências trazidas por meio de cada uma dessas nações têm enriquecido o debate e proporcionado uma verdadeira revolução nos conceitos estabelecidos pela Teoria Geral do Direito contemporâneo³⁴².

3. A EXPERIÊNCIA EUROPEIA: O ENSINO DO DIREITO ANIMAL EM PORTUGAL, ESPANHA E FRANÇA

Para progredir na discussão sobre a proteção dos interesses dos animais, a Europa continental foi buscar nos Estados Unidos os fundamentos para uma mudança de perspectiva dentro do direito. Este intercâmbio cultural a cruzar novamente o Atlântico possibilitou que se criassem, em terras europeias, grandes centros de conhecimento em torno da temática animal.

Alguns países da Europa, especialmente os ibéricos, são marcados por tradições de maus-tratos aos animais. Eventos como a farra do boi e as touradas são secularmente conhecidos pelo sofrimento causado aos não-humanos. Entretanto, o panorama tem mudado, uma vez que o suporte popular a estes espetáculos tem diminuído progressivamente ao passar dos anos³⁴³.

Em Portugal, as Faculdades de Direito têm percebido a seriedade da discussão para o sistema jurídico, incorporando em cursos de especialização ou na própria graduação o Direito Animal. Da mesma forma, há um crescente interesse público sobre as questões que envolvem os não-humanos, além de uma transformação legislativa em torno da temática com intuito de adequar Portugal às normas do

³⁴⁰ Cf. ANDRZEJEWSKI, Julie. Teaching Animal Rights at the University: Philosophy and Practice. *Journal for Critical Animal Studies*. Vol. 01. pp. 01-12. 2003. pp. 2-5.

³⁴¹ Sobre a evolução do Direito Animal no mundo ver o texto de: SANKOFF, Peter, Charting the Growth of Animal Law in Education. *Journal of Animal Law*. Vol. 04. pp. 105-148. 2008.

³⁴² Outro país que vem avançando no debate do Direito Animal é a Argentina, destacando-se o trabalho de Pablo Buompadre que, desde 2011, tem se empenhado no trabalho em torno do reconhecimento do Direito Animal como disciplina autônoma na Argentina.

³⁴³ BORJA-SANTOS, Romana. Sintra proíbe touradas e espetáculos de circo com animais. *Portugal*. Publicado em: 27/04/2009 às 16:58h. Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/sintra-proibe-touradas-e-espectaculos-de-circo-com-animais-1377028>. Acesso em: 01.08.2013.

Direito Europeu³⁴⁴. Com efeito, Antônio Maria Pereira,³⁴⁵ deputado português, em 1995, conseguiu aprovar em 12 de setembro a Lei nº 92, a legislação em favor dos animais no contexto português. Conhecida como Lei de Proteção Animal, a Lei de 1995 acendeu um debate sobre o tratamento dos animais não-humanos³⁴⁶.

Outro momento marcante em Portugal sobre o discurso em prol de direitos para os animais veio a acontecer em 2003 com a publicação do livro *A hora dos Direitos dos Animais*, de Fernando Araújo³⁴⁷. Professor da Universidade de Lisboa, Araújo tem participado ativamente da guinada portuguesa em torno dos interesses dos não-humanos, sendo um dos responsáveis pelo avanço da proteção jurídica desses seres nos países de língua portuguesa. Este esforço vai além das fronteiras de Portugal, colaborando com a supervisão e orientação de professores brasileiros no campo do Direito Animal³⁴⁸.

O papel de Fernando Araújo lecionando e propagando os ideais do Direito Animal foi importante para a mudança do comportamento em relação aos não-humanos. Em estudo realizado pelo Centro de Investigação e Estudos de Sociologia – CIES – foi constatado que a esmagadora maioria dos pesquisados pensa que os animais são pouco ou nada protegidos em Portugal, sendo papel das instituições públicas mudar este cenário de abuso e maus-tratos com estes seres.³⁴⁹

A proposta de um Direito Animal Português, deste modo, é no sentido de se criar um estatuto jurídico dos animais não-humanos a compreender de forma interdisciplinar as normas de Direito Animal e sua relação com os outros ramos do Direito, tais como Penal, Civil, Administrativo, Ambiental e Constitucional³⁵⁰.

Um Código Animal Português seria um progresso da Legislação Ambien-

³⁴⁴ ARAÚJO, Fernando. The Recent Development of Portuguese Law in the Field of Animal Rights. *Journal of Animal Law*. Vol. 01. pp. 61-72. 2005. pp. 61-63.

³⁴⁵ MOUTINHO, Miguel. O Direito dos Animais e os Direitos dos Animais. In *Os animais e a lei*. Publicado em 11 de Abril de 2009. Disponível em: <http://osanimaisealei.blogspot.com.br/2009/04/o-Direito-dos-animais-e-os-Direitos-dos.html>. Acessado em: 03.08.2013.

³⁴⁶ ARAÚJO, Fernando. The Recent Development of Portuguese Law in the Field of Animal Rights. *Journal of Animal Law*. Vol. 01. pp. 61-72. 2005. p. 62.

³⁴⁷ Cf. ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁴⁸ Exemplo é a orientação feita ao Professor brasileiro Anderson Furlan, doutorando na Universidade de Lisboa e pesquisador no campo do Direito Animal. Sobre o autor, ver: FURLAN, Anderson & FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³⁴⁹ Cf. MONTEIRO, Teresa Libano, POLICARPO, Verónica & SILVA, Francisco Vieira da (Coords.) Valores e Atitudes face à Protecção dos Animais em Portugal - Inquérito Nacional. In *Centro de Investigação e Estudos de Sociologia (CIES) do ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa*. Maio de 2007.

³⁵⁰ MOUTINHO, Miguel. O Direito dos Animais e os Direitos dos Animais. In *Os animais e a lei*. Publicado em 11 de Abril de 2009. Disponível em: <http://osanimaisealei.blogspot.com.br/2009/04/o-Direito-dos-animais-e-os-Direitos-dos.html>. Acessado em: 03.08.2013.

tal para além do conceito de espécies animais como objeto,³⁵¹ concebendo uma mudança de paradigma no sistema jurídico português para reconhecer um novo *status* jurídico ao animal considerado de forma individual, afastando-se de conceituações que ponderam apenas o valor humano destes seres.

Nesta esteira, a academia portuguesa propõe uma revisão do Código Civil e da Constituição Portuguesa, a fim de englobar uma interpretação que reconheça o interesse fundamental na salvaguarda do bem-estar e na minimização do sofrimento do animal não-humano, inclusive na esfera privada³⁵².

De igual modo, os espanhóis têm dado passos firmes para atenuar as constantes violações em torno dos interesses dos animais não-humanos. Como forma de se adequar às diretivas da União Europeia, o Parlamento espanhol aprovou, em 2007, a Lei nº 32, que estabelece normas benestaristas a equilibrar os interesses humanos e não-humanos na utilização dos animais³⁵³.

Outro avanço importante foi à aprovação pela comunidade autônoma da Catalunha, em 2010, da lei de iniciativa popular que proíbe a prática das touradas em seu território. A proibição foi resultado de uma manifestação popular que angariou cerca de 180.000 assinaturas com a finalidade de eliminar o uso de animais em espetáculos públicos que possam trazer sofrimento a estes seres³⁵⁴.

O crescente movimento espanhol por direitos para os animais tem pressionado o Estado a rever suas legislações, a fim de proibir condutas cruéis dirigidas aos não-humanos. A compreensão deste fenômeno tem motivado a discussão da matéria nos centros universitários.

Pesquisadores têm estudado os temas relacionados aos animais não-humanos tanto na perspectiva do direito (sensibilização das normas legais em vigor, análise de outras possibilidades de interpretação para solução de questões pendentes), quanto do aspecto da ética (discussão de argumentos éticos contra o abuso animal), de modo a considerar as razões que podem levar uma pessoa a ser cruel com um outro ser³⁵⁵.

O pensamento de que os animais não-humanos merecem consideração

³⁵¹ Cf. LEITE, Fátima Correia; NASCIMENTO, Esmeralda. *Regime Jurídico dos Animais de Companhia*. Coimbra, Almedina, 2004; De forma geral: SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, 2004. pp. 63-64.

³⁵² ARAÚJO, Fernando. The Recent Development of Portuguese Law in the Field of Animal Rights. *Journal of Animal Law*. Vol. 01. pp. 61-72. 2005. p. 64.

³⁵³ GIMÉNEZ-CANDELA, María Teresa. New rules to ensure the protection of animals in Spain: Spanish Animal Welfare Act. 32/2007. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 14. pp. 25-28. Septiembre, 2008. p. 26.

³⁵⁴ MULÀ, Anna. La iniciativa legislativa popular de abolición de las corridas de toros en Cataluña. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 20. pp. 27-32. Septiembre, 2010. p. 27.

³⁵⁵ TAFALLA, Marta. La apreciación estética de los animales. Consideraciones estéticas y éticas. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 28. , pp. 72-90. Mayo, 2013. p. 74.

moral e jurídica tem dominado os debates universitários espanhóis, na busca, cada vez mais intensa, de uma argumentação politicamente condizente para a resolução das demandas sociais emergentes³⁵⁶. Questões como o abandono de animais³⁵⁷ e a experimentação realizada em grandes primatas são umas das novas fronteiras que se busca ultrapassar no debate espanhol³⁵⁸.

Sendo assim, o Direito Animal Espanhol tem recebido um forte apoio de instituições norte-americanas e francesas, sendo atualmente o principal pólo difusor da matéria na Europa³⁵⁹. Desde 2011, a Universidade Autônoma de Barcelona oferece o único curso de pós-graduação em Direito Animal da Europa, o mestrado em Direito Animal e Sociedade chefiado pela Professora Teresa Giménez-Candela³⁶⁰.

O progresso espanhol tem sido possível graças às mudanças feitas na legislação europeia. Em 13 de dezembro de 2007, o Tratado de Lisboa, em seu artigo 13, modificou a natureza jurídica dos animais, passando a considerá-los seres sencientes, merecedores de cuidado, e não mais coisas móveis, de modo que os países signatários da União Europeia tiveram cerca de dois anos para adaptar suas leis, promulgando legislações de defesa animal³⁶¹.

³⁵⁶ CASTELO, Carmen Velayos. Animales reales en el arte, o sobre los límites Éticos de la capacidad creadora. *Revista Brasileira de Direito Animal/Brazilian Animal Rights Review*. Vol. 02. Ano. 1. Jan/Jun. p. 11-36. Salvador: Evolução, 2007. p. 21.

³⁵⁷ LACABEX, María González. Sobre animales y desahucios. In Teresa Giménez-Candela. (Org.). *da derecho ANIMAL la web center de los animales con derecho*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, August 2012.

³⁵⁸ TAFALLA, Marta. Sobre perros y justicia: a propósito de la prohibición del sacrificio de perros abandonados en Catalunya. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 06. pp. 01-05. Marzo, 2006. p. 02.

³⁵⁹ Em 2010, Professora Teresa Giménez-Candela fundou, com apoio da Universidade Autônoma de Barcelona, o sítio eletrônico: www.derechoanimal.info, o primeiro site da Espanha dedicado ao tema Direito Animal. Nele foi formado uma banco de dados sobre legislação e jurisprudência animal da Europa, fornecendo material didático e pedagógico aos profissionais europeus que queiram fazer parte deste projeto. Sobre o porquê estudar Direito Animal, ver: GIMÉNEZ-CANDELA, María Teresa. ¿Por qué estudiar Derecho Animal? In Teresa Giménez-Candela. (Org.). *da derecho ANIMAL la web center de los animales con derecho*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, October 2013. Disponível em: <http://www.derechoanimal.info/esp/page/2858/¿por-que-estudiar-derecho-animal>. Acessado em: 10.10.2013.

³⁶⁰ Ver o trabalho desenvolvido pela Professora Teresa Giménez-Candela junto a Universidade Autônoma de Barcelona em: <http://www.derechoanimal.info/esp/page/1667/presentacion>. Acessado em: 02.08.2013.

³⁶¹ Dispõe o Tratado de Lisboa (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) em seu artigo 13 que: “na formulação e implementação de políticas de agricultura, pesca, transporte, mercado interno, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e espaço, a União e os Países-Membros devem considerar as necessidades de bem-estar dos animais, visto que os animais são seres sencientes, enquanto respeita as disposições e os costumes dos Países-Membros em

A legitimação política e social do debate tem permitido o crescimento da pesquisa na área, em especial entre os operadores do direito. O Curso oferecido pela Universidade Autônoma de Barcelona adota uma metodologia pós-humanista e transdisciplinar³⁶², a fim de realizar uma análise comparativa dos sistemas jurídicos internacionais em defesa do animal³⁶³. O programa estende-se para englobar questões sobre os novos modelos de integração das leis de proteção animal e sua análise constitucional, além de atividades práticas para que os estudantes possam vivenciar questões que envolvam os interesses dos animais e seu processo em juízo³⁶⁴.

Neste contexto, Jean-Pierre Marguénaud deu início, através do Observatório de Mudanças Institucionais do Direito (*L'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques*) da Universidade de Limoges/França³⁶⁵, em 2009, à publicação da Revista Semestral de Direito Animal (*Revue Semestrielle de Droit Animalier*) coordenada também pelos Professores Jacques Lero e Florence Burgat. A Revista francesa está dividida em duas partes, a primeira a tratar sobre questões jurídicas concernentes aos animais não-humanos de relevância da sociedade francesa e a segunda com o objetivo de trazer relatos ou reportagens especiais sobre temas diversos que envolvam os interesses dos animais, como, por exemplo, experimentação animal, touradas, maus-tratos dentre outros³⁶⁶.

Professores da Universidade de Limoges têm estabelecido uma parceria com universidades estrangeiras na Turquia, Bélgica, Itália, Grécia e, em especial, Espanha, por meio da Universidade Autônoma de Barcelona, o que tem incrementado as publicações relacionadas à temática do Direito Animal. Esta cooperação entre instituições de ensino já tem gerado efeitos positivos no sistema jurídico francês. A reforma do Código Civil francês traz mudanças no estatuto jurídico dos animais a fim

relação a rituais religiosos específicos, tradições culturais e herança regional.”

³⁶² Ver: FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. *Interdisciplinaridade: História, Teoria e Pesquisa*. Campinas, Editora Papirus, 1994.

³⁶³ Uma apresentação, a metodologia e os objetivos do curso podem ser encontrados em: http://www.uab.es/servlet/Satellite/postgrau/master-en-dret-animal-i-societat-animal-law-and-society-/dades-basiques-1203328491238.html/param1-2826_ca/param2-2003/. Acessado em: 05.08.2013.

³⁶⁴ Sobre o tema ver, dentre outros: SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Capacidade de ser parte dos Animais Não-Humanos: Repensando os Institutos da Substituição e Representação Processual. In Teresa Giménez Candela. (Org.). *da derecho ANIMAL la web center de los animales con derecho*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Septiembre, 2010.

³⁶⁵ Sobre do *L'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques* ver site do grupo de pesquisa em: <http://www.unilim.fr/omij/rubriques/index.php?rubrique=13>. Acessado em: 04.08.2013.

³⁶⁶ A Revista Semestral de Direito Animal da França (*Revue Semestrielle de Droit Animalier*) tem acesso gratuito pelo site do grupo de pesquisa da Universidade de Limoges, estimulando a discussão em torno dos países de língua francesa. Sobre a Revista ver o site: <http://www.unilim.fr/omij/rubriques/index.php?rubrique=42>. Acessado em: 05.08.2013.

de adequar os interesses dos não-humanos às reivindicações sociais da atualidade³⁶⁷.

Na esfera jurídica francesa avanços também têm sido propostos na direção da mudança do *status* jurídico dos animais. Atualmente, encontra-se no Parlamento o Projeto de Lei de nº 4495, reivindicando a criação de um livro específico no Código Civil para tratar dos animais. Este volume adequaria o Direito interno francês às diretivas da União Europeia, pois estabeleceria que os animais não-humanos são seres sensíveis, ocupando o espaço entre os homens e as coisas, mas não fazendo parte de nenhum deles³⁶⁸.

Com efeito, é na França que o debate sobre a personalidade jurídica dos animais encontra-se mais avançado. Percebeu-se logo o caráter ficcional e abstrato do conceito de personalidade jurídica atribuído pelo direito, estando o conceito relacionado aos interesses sociais, econômicos e culturais dos humanos. Como uma forma de resolver a questão, os pesquisadores franceses propõem uma personalidade animal (*sui generis*) a demonstrar a relevância dos não-humanos no sistema jurídico³⁶⁹.

Para Olivier Le Bot, a França poderia absorver as experiências das Constituições de países como Brasil, Índia, Suíça, Alemanha e Luxemburgo, dirigindo uma proteção constitucional aos animais enquanto seres dotados de valor intrínseco, ou seja, na defesa do animais em si³⁷⁰. Normas constitucionais em favor dos animais é um fenômeno novo, advindo das Constituições que optam em seu texto por uma maior sensibilização e respeito em torno da vida do animal não-humano³⁷¹.

Tal como ocorreu em outros países, o desenvolvimento do Direito Animal Francês conta com um forte movimento social em torno da questão. Na França, a Fundação Direito Animal, Ética e Ciências, sediada em Paris, é responsável pela publicação de periódico trimestral – *Droit Animal, Éthique & Sciences*, com intuito de divulgar estudos multidisciplinares e reflexões sobre os novos conhecimentos científicos e desenvolvimentos éticos referentes à vida dos animais não-humanos³⁷².

³⁶⁷ ANTOINE, Suzanne. Le projet de réforme du droit des biens - Vers un nouveau régime juridique de l'animal? *Revue Semestrielle de Droit Animalier* – RSDA. Vol. 01. pp. 11-20. Jan/Juin, 2009. p. 12.

³⁶⁸ NOUËT, Jean-Claude. Régime juridique de l'animal. *Droit Animal, Éthique & Sciences*. N° 74. Juillet, 2012. p. 04.

³⁶⁹ Ver, dentre outros, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *La protection juridique du lien d'affection envers un animal*, Dalloz 2004.

³⁷⁰ LE BOT, Olivier. Direitos Fundamentais para os animais : uma ideia absurda ? *Revista Brasileira de Direito Animal/Brazilian Animal Rights Review*. Vol. 11. Ano 7. jul/dez. p. 37-56. Salvador: Evolução, 2012. p. 44.

³⁷¹ LE BOT, Olivier. La protection de l'animal en droit constitutionnel. Etude de droit comparé. *Lex Electronica*. Vol. 12. N°2. pp. 01-54. Automne/Fall, 2007. pp. 03-04.

³⁷² KEMP, Thierry Auffret Van Der. La Fondation LFDA: Qui? Pourquoi? Comment? *Droit Animal, Éthique & Sciences*. N° 75. Octobre, 2012. p. 04.

Esta interação da Academia com o público através das publicações tem possibilitado uma maior sensibilização social do conteúdo produzido por estas instituições, conseguindo responder mais rapidamente às críticas contemporâneas do direito³⁷³.

Juristas ingleses, norte-americanos, portugueses, espanhóis e franceses têm corroborado com o desenvolvimento de uma nova perspectiva em torno da vida humana e não-humana. Pesquisadores do campo do Direito Animal buscam expandir o círculo moral e jurídico para abraçar os interesses dos animais não-humanos. Pode-se dizer que este trabalho fadigoso de vanguarda tem colaborado para mudanças metodológicas, filosóficas e jurídicas dentro das Faculdades de Direito. Como visto, o incremento do Direito Animal tem colaborado para o desenvolvimento da ciência jurídica e de seus programas de pós-graduação, capacitando novos intelectuais e esperando deles um repensar dos velhos conceitos clássicos do direito.

Dentro do panorama mundial, o Brasil desponta como país que mais vem desenvolvendo o estudo da área, sendo momento de avançar para a criação de uma nova disciplina que através de uma perspectiva pós-humanista concretize os anseios da Constituição Federal.

4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O processo de redemocratização brasileiro trouxe consigo uma nova Carta Política aberta para os problemas de seu tempo. Com o advento da Constituição de 1988 foi possível repensar a forma de tratamento dos não-humanos, tendo as Faculdades de Direito desempenhado um papel importante na conscientização da sociedade sobre a questão. A defesa de uma cadeira específica de Direito Animal nas instituições de direito é a resposta dada pelos próprios estudantes na tentativa de pós-humanizar um curso em crise. A conjuntura encontrada nestas instituições demonstra que há um lapso entre as expectativas sociais dos discentes e as práticas pedagógicas oferecidas em sala de aula³⁷⁴.

Boaventura de Souza Santos, ao analisar este contexto, assevera que “as crises de crescimento têm lugar ao nível da matriz disciplinar de um dado ramo da ciência, isto é, revelam-se na insatisfação perante métodos ou conceitos básicos até então usados sem qualquer contestação na disciplina”³⁷⁵. O desconhecimento e a

³⁷³ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. Proposition pour surpasser la division des associations de protection des animaux. *Revue Semestrielle de Droit Animalier – RSDA*. Vol. 02. pp. 21-25. Jul/Déc, 2012. pp. 21-22.

³⁷⁴ Sobre uma crítica do ensino jurídico, ver: FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Editora UnB, 1988. pp. 14-30.

³⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro,

má-formação teórica produzida por este modelo que não quer se renovar compromete sensivelmente a compreensão da ciência do direito, limitando o aluno a propor diferente do normal, a inovar.

Sendo assim, a experiência brasileira do ensino do Direito Animal iniciou-se através de um revezar de crítica, ridicularização e bastante ironia em torno dos profissionais que despendiam sua energia, tempo e orçamento na defesa dos animais. Não é novidade a colocação de estereótipos em sociedades competitivas e espetaculosas³⁷⁶ como a brasileira³⁷⁷. Entretanto, durante longos anos, defensores dos animais foram vistos como misantropos, elitistas e até mesmo, alternativos, pois para muitos a bandeira do Direito Animal era inadmissível dentro de uma sociedade com tantos problemas sociais a serem resolvidos.³⁷⁸

Parece que há uma disputa velada para se dizer o direito, o que é certo ou errado, quais as lutas importantes e quais não são e, principalmente, quem são os protagonistas e quando se devem travar estas disputas³⁷⁹.

Por este motivo, intelectuais e seus centros de pesquisa ignoravam a relação da fome, da pobreza, da miséria, da violência e da crueldade com a instrumentalização dos animais³⁸⁰. Na sociedade atual, a situação agrava-se, já que em muitas comunidades, onde as relações familiares de trabalho, de produção, de amizade bem como as relações amorosas estão sendo deterioradas, o convívio entre humanos e não-humanos serve como última forma de esteio social³⁸¹.

No Brasil, uma das últimas fronteiras a ser abolida é a da negação de valor intrínseco aos animais. Ainda se lamenta o fato de que durante séculos o Estado brasileiro e seus “cidadãos” sacrificaram uma quantidade inestimável de indivíduos escravos, estrangeiros, índios, pobres, mulheres e crianças para uma finalidade pessoal³⁸². O momento é de avançar aprendendo com os erros passados, reconhecendo o

Graal, 1989. p. 18.

³⁷⁶ Para uma crítica a realidade espetaculosa produzida nas sociedades ocidentais, ver: DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 131.

³⁷⁷ Cf. DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. pp. 171 e ss.

³⁷⁸ REGAN, Tom. The Case for Animal Rights. In: Peter Singer (ed), *In Defense of Animals*. New York: Basil Blackwell, 1985, pp. 13-26. p. 24. Em português, REGAN, Tom. A causa dos direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 08. Nº 12. Jan/abr. 2013. p. 35.

³⁷⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 75 e ss.

³⁸⁰ Sobre a temática da fome e da pobreza, ver: SINGER, Peter. *Famine, Affluence, and Morality*. *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 01. n. 01. pp. 229-243. Spring, 1972.

³⁸¹ Cf. DUCKLER, Geordie. The Economic Value of Companion Animals: A Legal and Anthropological Argument for Special Valuation. *Animal Law*. Vol. 08. pp. 199-221. 2002..

³⁸² Cf. GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução,

fim do muro ficcional entre humanos e não-humanos que insiste em existir.³⁸³

A construção de um caminho viável passa tanto pelas vias institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário) como também por meio da sensibilização dos principais atores deste processo. No Brasil, vários são os responsáveis por desenvolver uma opção positiva na defesa dos animais e de seus interesses juridicamente protegidos. O papel de cada um deles será fundamental para a construção de um modelo brasileiro do curso de Direito Animal.

4.1 ENSINO DO DIREITO ANIMAL E SEUS PROFESSORES

A trajetória brasileira de ensino do Direito Animal é recente e se relaciona com o processo de redemocratização brasileiro. Em geral, com a promulgação da Constituição de 1988, tornou-se necessário reestruturar o ensino do direito no país como resultado de mudanças sociais e jurídicas trazidas pela nova ordem.³⁸⁴

O papel de reorganização das bases do ensino jurídico foi, inicialmente, pensado para solucionar os conflitos humanos, apaziguando o contexto social de mudança pelo qual passava o Estado brasileiro. Nesta esteira, o ensino do Direito Animal apenas se tornou possível no momento em que alguns professores e pesquisadores, resolveram levantar a questão, evidenciando um cenário moral e jurídico incongruente com a vida dos animais. Até hoje, não-humanos são vistos como produto a serem comercializados e utilizados pelos seus detentores, nada se questionando sobre uma vida autônoma desses seres ou mesmo pelos avanços científicos das outras áreas do saber. O direito seguia seu trajeto, olhando apenas para os interesses de quem o produzia.

Com efeito, esta visão narcisista do direito foi questionada por advogados e ativistas que participaram destas lutas sociais e que logo após ingressaram em instituições de ensino do direito, tornando-se professores. Edna Cardozo Dias foi a primeira docente a reivindicar uma tutela jurídica para os animais ainda em 2001 na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG quando ministrou o curso “Tutela Jurídica dos Animais” por dois semestres³⁸⁵. Edna Cardozo partici-

2009.

³⁸³ WISE, Steven M. *Animal Thing to Animal Person – Thoughts on Time, Place, and Theories*. *Animal Law*. Vol. 05. pp. 61-68. 1999. p. 61.

³⁸⁴ Ver, de forma geral, FARIA, José Eduardo. *A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*. In: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Editora UnB, 1988. pp. 14-30.

³⁸⁵ Deve-se destacar o trabalho realizado por Laerte Levai (LEI/USP) que desde a década de 1990 atua no campo do Direito Animal, escrevendo o primeiro livro de língua portuguesa voltado para o tema, bem como operando na formação dos novos pesquisadores. Para Levai, o currículo do curso de Direito Animal deveria ser dividido em três grandes grupos: 1) Filosófico; 2) Jurídico; e 3) Pedagógico, evidenciando uma transdisciplinaridade desta nova disciplina. Cf. LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. O direito deles e o nosso direito

pou do processo de constitucionalização de direitos para os animais ainda em 1987, sendo fundadora da Liga de Prevenção de Crueldade contra o Animal, entidade que representou o debate animal durante a Assembleia Constituinte, propondo emendas ao texto final da Constituição³⁸⁶.

Edna Cardozo elaborou um plano de aula, onde os elementos sociais relacionados aos animais fossem importantes, dando ênfase ao movimento de proteção animal³⁸⁷, convidando outros dois professores (Flávio Augusto Salim Nogueira, no primeiro semestre, e Regina Bueno, no segundo) a dividir a sala de aula com ela. O objetivo era criar uma disciplina multidisciplinar, em que um professor abordaria os avanços científicos e o outro as repercussões jurídicas de cada tema. Esta metodologia criou um cenário estimulante para que novos docentes buscassem novas perspectivas³⁸⁸.

Realmente, em 2003, Danielle Tetü Rodrigues inicia o magistério do curso “Relação entre o Homem e a Natureza”, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, onde trata de questões dos não-humanos. Como um módulo dentro da especialização *lato sensu* em Direito Ambiental, Danielle Rodrigues destacou-se pioneiramente ao lecionar para profissionais do direito, publicando livro e artigos com intuito de ampliar o acesso às informações sobre uma perspectiva ética e jurídica dos animais de forma individualizada³⁸⁹.

Logo após, influenciado pelos estudos do doutorado na Universidade Federal de Pernambuco, Heron Gordilho propôs o curso de “Ética e Direitos dos Animais” como extensão universitária, voltado para a educação ambiental em escolas públicas³⁹⁰. O objetivo era vincular o ensino e a pesquisa em diversos níveis de educação formal e não-formal, possibilitando o desenvolvimento de uma nova perspectiva em torno dos animais³⁹¹.

sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.

³⁸⁶ DIAS, Edna Cardozo. A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 02. n. 1. jan/jun. p. 123-142. Salvador: Evolução, 2007. p. 134.

³⁸⁷ Sobre o trabalho da professora, ver: DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

³⁸⁸ Por exemplo, em 2001, foram organizados Congressos de defesa da fauna, em Brasília, pelo Conselho da Justiça Federal e por Heron Gordilho e Luciano Santana na UFBA. Esta visão apenas foi substituída pela de direitos para os animais, em 2008, com os Congressos Mundiais de Bioética e Direito dos Animais, como se verá na sessão seguinte. Sobre os congressos, ver: www.abolicionismoanimal.org.br. Acessado em: 01.08.2013.

³⁸⁹ Cf. RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2003.

³⁹⁰ Sobre o trabalho realizado na UFBA, conferir informações em: <http://www.direito.ufba.br/interna.php?cod=46>. Acessado em: 15.08.2013.

³⁹¹ Exemplo da atividade pode ser encontrado em: AMORIM, Fernando. Humanos são enjaulados no zoológico de Salvador. In: *A Tarde*. Publicado em: 13 de Outubro de 2008.

Heron Gordilho buscou uma reflexão crítica dos fatores políticos, econômicos, ecológicos e jurídicos que sustentavam a exploração institucionalizada dos animais na sociedade contemporânea, trabalhando de forma transdisciplinar com estudantes da graduação de diversos cursos: jornalismo, medicina veterinária, direito, biologia dentre outros; contando com o apoio da Professora de jornalismo Simone Bortoliero. A proposta partia do pressuposto de que os animais são sujeitos de direito, devendo o sistema jurídico considerar esta real situação.

Em 2008, Fábio Corrêa de Oliveira, ainda professor da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Daniel Braga Lourenço atual professor da instituição ao participar do processo de elaboração do curso de direito, inseriram como disciplina obrigatória o componente curricular “Direito dos Animais” a ser lecionada no último ano na etapa de especialização em Direito Ambiental, porém a disciplina foi excluída na reforma de ensino da faculdade³⁹². Atualmente, as questões dos animais tem sido objeto de estudo na matéria “Ética Ecológica”, obrigatória na especialização em Direito Ambiental da graduação na UFRRJ³⁹³.

Ainda no Rio de Janeiro³⁹⁴, por iniciativa do Fábio de Oliveira, a Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) tem disponibilizado aos seus estudantes de mestrado e graduação a disciplina “Direito dos Animais e Ecologia Profunda”, possibilitando uma inter-relação dos temas ambientais com o discurso animalista, além de corroborar com uma formação multidisciplinar de seu corpo docente³⁹⁵.

Dentre os programas de pós-graduação, pode-se também citar o trabalho feito por Fernanda Medeiros, ao adotar a disciplina “Direito dos Animais” no mestrado na Faculdade de Direito da Universidade Caxias do Sul³⁹⁶ e Heron Gordilho ao oferecer o curso “Estudos aprofundados de bioética e de direitos dos animais” como componente da grade curricular da linha de pesquisa de mesmo nome adotada pelo curso de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da Faculdade de

³⁹² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: Um Enquadramento. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*. Vol. 10. pp. 11325-11370. 2013. p. 11346.

³⁹³ Cf. LOURENÇO, Daniel. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

³⁹⁴ No âmbito da pós-graduação *lato sensu*, Mery Chalfun tem se destacado ao relacionar o direito animal com a bioética, orientando estudantes e profissionais do direito sobre o importância de uma educação voltada ao cuidado dos animais. Ver, sobre o trabalho da autora: CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos - ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 06. pp. 209-246. Jan/Jun. Salvador: Evolução, 2010.

³⁹⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: Um Enquadramento. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*. Vol. 10. pp. 11325-11370. 2013. p. 11346.

³⁹⁶ Cf. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Direito da Universidade Federal da Bahia³⁹⁷.

4.2 OS GRUPOS DE PESQUISA E EXTENSÃO EM DIREITO ANIMAL

O progresso dos estudos acadêmicos no campo de interesse do Direito Animal tem colaborado para o surgimento de pesquisadores *jusanimalistas*, a defender uma autonomia das questões relacionadas aos animais não-humanos.

O reconhecimento de um objeto próprio, de um método a ser percorrido e de uma teoria a ser revisada serviu como terreno fértil a ser cultivado por diversos pesquisadores, tais como: Laerte Levai³⁹⁸, Edna Cardozo Dias³⁹⁹, Heron Gordilho⁴⁰⁰, Luciano Santana⁴⁰¹, Danielle Tetü Rodrigues⁴⁰², Daniel Lourenço⁴⁰³, Vânia Tuglio⁴⁰⁴, Fábio de Oliveira⁴⁰⁵, Fernanda Medeiros⁴⁰⁶, Diomar Ackel Filho⁴⁰⁷, Anaiva Oberst⁴⁰⁸,

³⁹⁷ Cf. GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2009.

³⁹⁸ Cf. LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.

³⁹⁹ Cf. DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

⁴⁰⁰ Cf. GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2009.

⁴⁰¹ Cf. SANTANA, Luciano Rocha & SANTOS, Clarissa Pereira Gunça dos. O crime de maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32). In MARCHESAN, Ana Maria Moreira & STEIGLEDER, Annelise Monteiro. (org.). *Crimes Ambientais Comentários à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁰² Cf. RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁰³ Cf. LOURENÇO, Daniel. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

⁴⁰⁴ Cf. TUGLIO, Vânia. Rodeios e crueldade contra animais. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 10. 2005.

⁴⁰⁵ Cf. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: Um Enquadramento. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*. Vol. 10. pp. 11325-11370. 2013. p. 11346.

⁴⁰⁶ Cf. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁰⁷ Cf. ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis Livraria, 2001.

⁴⁰⁸ Cf. OBERST, Anaiva. *Direito Animal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

Vânia Nogueira⁴⁰⁹, Cleopas Santos, Thiago Pires⁴¹⁰, Mery Chalfun⁴¹¹, Selma Mandruca, Renata Martins⁴¹², Vânia Rall⁴¹³, Tiago Fensterseifer⁴¹⁴, Alfredo Migliore⁴¹⁵, Anderson Furlan⁴¹⁶, Jaime Chatkin, Leticia Albuquerque, dentre outros⁴¹⁷.

O progresso científico desse campo de pesquisa tem características próprias, uma vez que conta com o apoio institucional das Universidades Federais e de grupos interessados da sociedade civil. Este diálogo entre o conhecimento formal e informal, desenvolvido pelos *jusanimalistas* evidencia o caráter plural da disciplina e traz novas alternativas para o ensino do direito.

Desta forma, pode-se dizer que uma das primeiras instituições a fomentar o debate acadêmico foi a Sociedade Vegetariana Brasileira (SVB), fundada em 16 de agosto de 2003 por Marly Winckler, com o objetivo de difundir a filosofia vegetariana de respeito pelos animais⁴¹⁸. Desde 2006, a SVB vem organizando palestras, seminários, debates sobre a temática dos animais, inclusive no campo político e jurídico, colaborando para o amadurecimento das questões referentes a estes seres⁴¹⁹.

⁴⁰⁹ Cf. NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direitos Fundamentais dos Animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

⁴¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Thiago Pires. Redefinindo o Status jurídico dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 03. jul/dez. 2007.

⁴¹¹ Cf. CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos - ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 06. pp. 209-246. Jan/Jun. Salvador: Evolução, 2010.

⁴¹² Cf. MARTINS, Renata de Freitas. O respeitável público não quer mais animais em circos! *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 03. n.04. jan/dez. Salvador: Evolução, 2008.

⁴¹³ Cf. LEVAI, Laerte Fernando & DARÓ, Vânia Rall, Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, out./dez., 2004.

⁴¹⁴ Cf. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴¹⁵ Cf. MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

⁴¹⁶ Cf. FURLAN, Anderson & FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴¹⁷ Por se tratar de um ensino transdisciplinar, profissionais de diversas áreas têm participado da construção do curso de Direito Animal, destacando-se os trabalhos de: Paula Brügger (UFSC), Rita Paixão (UFF), Carlos Naconecy (PUC/RS), Ariene Bassoli (UFPE), Sônia Felipe (UFSC), Maria Clara Dias (UFRJ), Simone Lima (UnB), Marcelo Pelizzoli (UFPE), Anamaria Feijó (PUC/RS), dentre outros.

⁴¹⁸ Para maiores informações visitar o site: <http://www.svb.org.br>. Acessado em: 01.08.2013.

⁴¹⁹ A Universidade de São Paulo (USP), através do Laboratório de Estudos sobre a Intolerância da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (LEI), tem promovido seminários anuais para tratar da temática e desenvolver a questão dos animais. Dentre seus membros

A partir dos ensinamentos colhidos no I Congresso Vegetariano Brasileiro e Latino-americano organizado pela SVB no Memorial da América Latina em São Paulo que o Instituto Abolicionista pelos Animais (IAA) pôde ser criado⁴²⁰.

Idealizado por juristas, filósofos, veterinários, biólogos e ecologistas⁴²¹, o IAA uniu ao direito, o conhecimento transdisciplinar das demais disciplinas com o objetivo de dar suporte jurídico e fundamentação filosófica, bem como apoio técnico na formulação e ajuizamento de ações em defesa dos interesses dos animais. Como resultado deste encontro, foi publicada a primeira edição da Revista Brasileira de Direito Animal, periódico pioneiro sobre o tema na América Latina⁴²².

O Instituto Abolicionista pelos Animais teve papel decisivo na criação de uma cultura acadêmica em prol dos animais não-humanos. Foi ele o responsável por incrementar o discurso jurídico em favor dos animais e a inserção do tema em programas de pós-graduação em Direito do Brasil⁴²³. O intercâmbio com a Universidade Federal da Bahia fez surgir também o “Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direitos dos Animais, Meio Ambiente e Pós-modernidade” – NIPEDA⁴²⁴.

Em 2008, como resultado da parceria entre as duas instituições foi realizado o I Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, com a participação dos professores Steven Wise, David Favre, Peter Singer, Gary Francione, Maria do Céu e Marti Keel, além de mais de trinta palestrantes nacionais e da Ministra Eliana Calmon. A repercussão do evento gerou resultados sólidos como a criação da linha de pesquisa em Bioética e Direito Animal no programa de pós-graduação em Direito da

estão Vânia Rall e Laerte Levai. Sobre o trabalho do LEI, ver o site: <http://diversitas.fflch.usp.br/node/3215>. Acessado em: 05.08.2013.

⁴²⁰ Sobre as informações o evento, ver histórico no site da instituição em: <http://www.svb.org.br/cvb/>. Acessado em: 01 .08.2013.

⁴²¹ Dentre os participantes, pode-se citar: Heron Gordilho, Laerte Levai, Luciano Santana, Paula Brügger, Sônia Felipe, Vânia Rall, Carlos Naconecy, Marly Winckler, Tâmara Bauab, Mariângela Freitas, Rafael Mendonça, dentre outros.

⁴²² A Revista Brasileira de Direito Animal é publicada em convênio com a Michigan State University e a Universidade Federal da Bahia, contando com a versão digital gratuita para acesso dos usuários em: www.animallaw.info#international, além do site www.rbda.ufba.br.

⁴²³ O Instituto Abolicionista pelos Animais (IAA) tem organizado os principais eventos na área do Direito Animal do país, contando a parceria de instituições privadas e universidades nacionais e estrangeiras. O objetivo é dar suporte filosófico e jurídico aqueles interessados na matéria. Sobre o IAA, ver o site: www.abolicionismoanimal.org.br. Acessado em: 03.08.2013.

⁴²⁴ O Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direitos dos Animais, Meio Ambiente e Pós-modernidade (NIPEDA) foi criado com o objetivo de encorajar a pesquisa no campo do Direito Animal e Bioética, sendo responsável por linha de pesquisa no programa de pós-graduação da UFBA. Sobre o núcleo, visitar: www.nipeda.direito.ufba.br/. Acessado em: 03 .08.2013.

Universidade Federal da Bahia no ano seguinte⁴²⁵.

Pode-se dizer que em pouco tempo, a Bahia tornou-se o pólo de desenvolvimento da matéria, articulando outro Congresso Mundial em 2010, bem como desenvolvendo dentro do seu programa de pós-graduação linhas de pesquisa a gerar um intercâmbio cultural com universidades estrangeiras como a *Michigan State University*, a Universidade Autônoma de Barcelona e a *Pace Law School*.

A expansão da temática fez surgir, em 2010, na cidade do Rio de Janeiro, o “Centro de Direito dos Animais e Ecologia Profunda”, grupo de pesquisa vinculado à Universidade Federal do Rio de Janeiro. O Centro foi pensado para abranger um discurso transdisciplinar, englobando docentes da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Fluminense. Esta articulação de saberes fez com que no mesmo ano fosse aprovado por órgão de fomento oficial (CNPq) primeiro projeto institucional na área de Direito Animal. O grupo é responsável pela edição da Revista de Direito dos Animais e Ecologia Profunda, realizando anualmente o Encontro Carioca de Direito dos Animais (ECADIA)⁴²⁶.

O fortalecimento do debate nacional permitiu que, em 2011, fosse realizado o I Congresso Brasileiro de Bioética e Direito dos Animais, trazendo para a discussão a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O reconhecimento da importância da questão pela OAB pressiona à Academia a sistematizar a matéria, oferecendo aos operadores do direito o conteúdo no qual possam intervir profissionalmente. Ademais, com o apoio da Ordem dos Advogados comissões de Direito Animal têm sido criadas nas seccionais do país, desenvolvendo formas de ensino alternativas para se ministrar o conteúdo referente aos animais.

Em 2012, o III Congresso Mundial realizado na Universidade Federal de Pernambuco contou com o apoio de membros do Poder Legislativo estadual e federal, demonstrando o importante papel que o discurso político tem na consideração do Direito Animal⁴²⁷.

Os *jusanimalistas* brasileiros têm contribuído para o progresso e reformulação dos currículos das Faculdades de Direito do Brasil, reinventando o dizer constitucional que afirma que o ensino, a pesquisa e a extensão são indissociáveis. O ensino jurídico proposto por estes profissionais transforma a maneira de pensar o direito posto, buscando novas alternativas, possibilidades, entendimentos que serão importantes tanto para a defesa do animal não-humano, quanto para o humano. O

⁴²⁵ Sobre o avanço do direito animal no Brasil, ver: SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Brazilian Animal Law Overview: Balancing Human and Non-Human Interests*. *Journal of Animal Law*. Vol. 06. pp. 81-104. 2010; do mesmo autor: *Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual*. Salvador: Evolução, 2012.

⁴²⁶ Mais informações sobre o grupo, visitar: www.animaisecologia.com.br. Acessado em: 01.08.2013.

⁴²⁷ Sobre os congressos de Direito Animal realizados no Brasil, visitar o site do Instituto Abolicionista pelos Animais em: www.abolicionismoanimal.org.br. Acessado em 03.08.2013.

próximo estágio é o da formação de uma base política sólida, a fim de gerar uma efetiva mudança legislativa em torno desses seres e, assim, a concretização do Direito Animal.

Nessa direção, durante o ano de 2013, foram organizados eventos, tendo como enfoque a necessidade de mobilização do Poder Legislativo em torno da questão dos animais. O encontro temático intitulado “Enfoque Político-Jurídico da Defesa dos Animais criados para consumo”⁴²⁸ realizado em Brasília pela Sociedade Vegetariana Brasileira e o II Congresso Brasileiro de Bioética e Direito dos Animais, sediado em Porto Alegre⁴²⁹, sob a organização do Instituto Abolicionista dos Animais demonstram que o caminhar tem sido constante na direção da ampliação de direitos no Brasil⁴³⁰.

CONCLUSÃO

Ao final do presente artigo, em que se evidenciou o panorama mundial do ensino do Direito Animal como disciplina autônoma, demonstrando o processo de formação e autonomia da disciplina e seus principais atores e instituições, é possível enunciar, objetivamente, algumas conclusões que sintetizam as ideias desenvolvidas.

1. A Universidade de Oxford foi o berço para o surgimento do movimento de libertação animal, pois foi nos seus corredores que professores e estudantes começaram a criar uma teoria que considerasse moralmente os interesses dos animais não-humanos;

2. O grupo de Oxford foi protagonista de uma série de mudanças filosóficas, jurídicas e éticas em torno dos animais, sendo responsáveis por estabelecer uma inter-relação entre o conhecimento acadêmico e as demandas sociais.

3. O envolvimento de instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil, Universidade Federais, Instituto Abolicionista pelos Animais e a publicação de periódicos na área de Direito Animal encorajaram centros de pesquisa, estudantes e profissionais do direito a desenvolver este campo do conhecimento.

4. O currículo de Direito Animal foi pensado a oferecer aos alunos as mais diversas perspectivas do tratamento animal, de forma a não priorizar correntes filosóficas ou abordagens pessoais, avançando as discussões do campo teórico e filosófico para debates práticos e jurídicos em torno dos problemas que poderiam ser

⁴²⁸ Visitar site do evento em: <http://www.svb.org.br/politicojuridico/>. Acessado em: 03.09.2013.

⁴²⁹ A Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul tem organizado anualmente um ciclo de palestras sobre Direito Animal, através do grupo chefiado por Fernanda Me-deiros. Sobre o tema, ver: <http://www.pucrs.br/eventos/direitodosanimais/>. Acessado em: 03.10.2013.

⁴³⁰ Sobre o evento, informações em: <http://www.pucrs.br/eventos/direitodosanimais/>. Aces-sado em: 03.10.2013.

encontrados durante o aprendizado profissional dos alunos.

5. Direito Animal como componente curricular deve tratar de temas como: a) o movimento pelos direitos dos animais; b) o desenvolvimento das leis anticrueldade; c) avanço das legislações estaduais e federais; d) experimentação e vivissecção animal; e) animais usados como entretenimento, para fins religiosos ou para fins educativos; f) abate humanitário, dentre outros.

6. O currículo plural de Direito Animal possibilita ao estudante desenvolver um raciocínio, levando em consideração os interesses dos animais não-humanos através de uma abordagem diferenciada para cada nível de instrução. Na graduação, o curso oferecido deve conter um panorama geral dos temas de Direito Animal, sendo a disciplina oferecida nos primeiros anos do curso de direito. Já na pós-graduação, há a possibilidade de aprofundamento de cada um dos tópicos do panorama visto na graduação, aprofundando temas no campo da filosofia, epistemologia, teoria geral e da dogmática animal.

7. As instituições brasileiras têm participado para o progresso e reformulação dos currículos das Faculdades de Direito do Brasil, reinventando o dizer constitucional que afirma que o ensino, a pesquisa e a extensão são indissociáveis. Desse modo, a academia tem avançado na direção do paradigma pós-humanista de consideração jurídica dos animais não-humanos.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis Livraria, 2001.
- AMORIM, Fernando. Humanos são enjaulados no zoológico de Salvador. In: *A Tarde*. Publicado em: 13.10.008.
- ANDRZEJEWSKI, Julie. Teaching Animal Rights at the University: Philosophy and Practice. *Journal for Critical Animal Studies*. Vol. 01. pp. 01-12. 2003.
- ANTOINE, Suzanne. Le projet de réforme du droit des biens - Vers un nouveau régime juridique de l'animal? *Revue Semestrielle de Droit Animalier – RSDA*. Vol. 01. pp. 11-20. Jan/Juin, 2009.
- ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. The Recent Development of Portuguese Law in the Field of Animal Rights. *Journal of Animal Law*. Vol. 01. pp. 61-72. 2005.
- BARTLETT, Steven J. Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: Bloqueios psicológicos e conceituais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Evolução, Vol.2, n.3, pp. 17-66, jul./dez. 2007.
- _____. Roots of Human Resistance to Animal Rights: Psychological and Conceptual Blocks. *Animal Law*, v. 8, pp. 143-176 (2002).

- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: W. Pickering, Lincolns inn fields and E. Wilson, Royal Exchange, 1823.
- BORJA-SANTOS, Romana. Sintra proíbe touradas e espetáculos de circo com animais. *Portugal*. Publicado em: 27/04/2009 às 16:58h. Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/sintra-proibe-touradas-e-espectaculos-de-circo-com-animais-1377028>. Acessado em: 01.08.2013.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- BROPHY, Brigid. The rights of animals. *Sunday Times*. Published in 10 October 1965.
- BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento II: Da enciclopédia à wikipédia*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2012.
- BYNUM, William F. The Anatomical Method, Natural Theology, and the Functions of the Brain. *Isis*. Vol. 64. Nº 04. pp. 444-468. Dec., 1973.
- CARROLL, Lewis. Some Popular Fallacies about Vivisection. *Fortnightly Review*. Vol. 17.102. May 1865-June 1934. Jun, 1875.
- CASTELO, Carmen Velayos. Animales reales en el arte, o sobre los límites Éticos de la capacidad creadora. *Revista Brasileira de Direito Animal/Brazilian Animal Rights Review*. Vol. 02. Ano. 1. Jan/Jun. pp. 11-36. Salvador: Evolução, 2007.
- CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. *Direito e Pós-Humanidade: Quando os Robôs serão Sujeitos de Direito*, Juruá, 2013.
- CAVALIERI, Paola & SINGER, Peter. (eds.). *The Great Ape Project*. New York: St. Martin's Griffin, 1993.
- CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos - ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 06. pp. 209-246. Jan/Jun. Salvador: Evolução, 2010.
- CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* 2. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1993.
- CHIASSONI, Pierluigi. L'inescusabile specismo del mangiatore di tartare divagazioni sui diritti degli animali. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 07. Ano 05. jul./dez. pp. 13-41. Salvador: Evolução, 2010.
- CLARKE, Stephen R. L. *The Moral Status of Animals*. Oxford: Oxford University Press, 1977.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DECKHA, Maneesha. Teaching Posthumanist Ethics in Law School: The Race, Culture, and Gender Dimensions of Student Resistance. *Animal Law*. Vol. 16.

DESCARTES, René. *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DIAS, Edna Cardozo. A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 02. n. 1. jan/jun. pp. 123-142. Salvador: Evolução, 2007.

_____. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*, essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012.

DUCKLER, Geordie. The Economic Value of Companion Animals: A Legal and Anthropological Argument for Special Valuation. *Animal Law*. Vol. 08. pp. 199-221. 2002.

FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Editora UnB, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro, Graal, 1989.

FAVRE, David. O ganho de força dos Direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 01. Nº. 01, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto Abolicionista Animal, 2006.

_____. The Gathering Momentum. *Journal of Animal Law* Vol. 01. 2005.

_____. Wildlife Rights: The Ever Widening Circle. *Environmental Law*. Vol. 09. pp. 241-281. 1979.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. *Interdisciplinaridade: História, Teoria e Pesquisa*. Campinas, Editora Papyrus, 1994.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FURLAN, Anderson & FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GIMÉNEZ-CANDELA, María Teresa. New rules to ensure the protection of animals in Spain: Spanish Animal Welfare Act. 32/2007. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 14. pp. 25-28. Septiembre, 2008.

_____. ¿Por qué estudiar Derecho Animal? In Teresa Giménez-Candela. (Org.). *da derecho ANIMAL la web center de los animales con derecho*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, October 2013

GLABERSON, William. Legal Pioneers Seek to Raise Lowly Status of Animals. *The New York Times*. Publicado em: 18 de Agosto de 1999. Disponível em: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9500E2DE1638F93BA2575BC0A-96F958260&sec=&spn=&pagewanted=2>. Acessado em: 01.08.2013.

GODLOVITCH, Stanley, GODLOVITCH, Rosalind and HARRIS, John (eds.), *Animals, Man and Morals: An Enquiry Into the Maltreatment of Non-Humans*, London: Taplinger Publish Co, 1971.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2009.

GRANGER, James. An Apology for the Brute Creation, Or Abuse of Animals Censured. In: *Sermon on Proverbs XII*. 10. Preached in the Parish Church of Shiplake, in Oxfordshire, October 18, 1772.

HARRISON, Peter. Descartes on Animals. *Philosophical Quarterly*. Vol. 42. pp. 239-48. 1992.

KEAN, Hilda. *Animal rights: political and social change in Britain since 1800*, Reaktion Books, 1998.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEMP, Thierry Auffret Van Der. La Fondation LFDA: Qui? Pourquoi? Comment? *Droit Animal, Éthique & Sciences*. N° 75. Octobre, 2012.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LACABEX, María González. Sobre animales y desahucios. In Teresa Giménez-Candela. (Org.). *da derecho ANIMAL la web center de los animales con derecho*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, August 2012.

LE BOT, Olivier. Direitos Fundamentais para os animais : uma ideia absurda ? *Revista Brasileira de Direito Animal/Brazilian Animal Rights Review*. Vol. 11. Ano 7. jul/dez. pp. 37-56. Salvador: Evolução, 2012.

LE BOT, Olivier. La protection de l'animal en droit constitutionnel. Etude de droit comparé. *Lex Electronica*. Vol. 12. N°2. pp. 01-54. Automne/Fall, 2007.

LEITE, Fátima Correia; NASCIMENTO, Esmeralda. *Regime Jurídico dos Animais de Companhia*. Coimbra, Almedina, 2004; De forma geral: SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, 2004.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.

_____. & DARÓ, Vânia Rall, Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, out./dez., 2004.

LINZEY, Andrew. *Animal Rights: A Christian Assessment of man's*. London: SCM Press, 1976.

_____. CS Lewis's theology of animals. *Anglican Theological Review*. Vol. 80. pp. 60-81. Winter, 1998.

LOURENÇO, Daniel. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *La protection juridique du lien d'affection envers un animal*, Dalloz 2004.

_____. Proposition pour surpasser la division des associations de protection des animaux. *Revue Semestrielle de Droit Animalier – RSDA*. Vol. 02. pp. 21-25. Juil/Déc, 2012.

MARTINS, Renata de Freitas. O respeitável público não quer mais animais em circos! *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 03. n.04. jan/dez. Salvador: Evolução, 2008.

MAYER, Jed. Ruskin, vivisection, and scientific knowledge. *Nineteenth-Century Prose*. Vol.35, Issue 1. pp. 200-266. Spring, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MONTEIRO, Teresa Líbano, POLICARPO, Verónica & SILVA, Francisco Vieira da (Coords.) Valores e Atitudes face à Protecção dos Animais em Portugal - Inquérito Nacional. In *Centro de Investigação e Estudos de Sociologia (CIES) do ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa*. Maio de 2007.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MOUTINHO, Miguel. O Direito dos Animais e os Direitos dos Animais. In *Os animais e a lei*. Publicado em 11 de Abril de 2009. Disponível em: <http://osanimaisealei.blogspot.com.br/2009/04/o-Direito-dos-animais-e-os-Direitos-dos.html>. Acessado em: 03.08.2013.

- MULÀ, Anna. La iniciativa legislativa popular de abolición de las corridas de toros en Cataluña. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 20. pp. 27-32. Septiembre, 2010.
- NACONECY, Carlos. Review Ethics and Animals: An Introduction Gruen Lori Cambridge University Press Cambridge, England. *Journal of Animal Ethics*. Vol. 02. pp. 222-224, 2012.
- NEWMAN, John Henry. *Sermon Notes*, 1849-1878. Longmans, Green & Co, 1913.
- NICHOLSON, Edward Williams Byron. *The rights of an animal: a new essay in ethics*. C. Kegan Paul & Co, 1879.
- NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direitos Fundamentais dos Animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- NOUËT, Jean-Claude. Régime juridique de l'animal. *Droit Animal, Éthique & Sciences*. Nº 74. Juillet, 2012.
- OBERST, Anaiva. *Direito Animal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: Um Enquadramento. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*. Vol. 10. pp. 11325-11370. 2013.
- OLIVEIRA, Thiago Pires. Redefinindo o Status jurídico dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 03. jul/dez. 2007.
- ORTIZ, Fran. Animal Law in the Classroom. *Texas Bar Journal*. Vol. 74. Nº 10. p. 902-904. November 2011.
- OSTER, Malcolm R. The 'Beame of Diuinity': Animal Suffering in the Early Thought of Robert Boyle. *The British Journal for the History of Science*. Vol. 22. Nº. 2. pp. 151-179. Jul, 1989.
- PAIXÃO, Rita Leal & SCHRAMM, Fermin Roland. *Experimentação Animal*. Razões e emoções para uma ética. EdUFF, Niterói, RJ, 2008.
- PATERSON, David & RYDER, Richard D. *Animals' Rights: A Symposium*. Open Gate Press, 1979.
- PERRY, Nancy V. Ten Years of Animal Law at Lewis & Clark Law School. *Animal Law*. Vol. 09. p. ix-xv. 2003.
- POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2004.
- REGAN, Tom. A causa dos direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 08. Nº 12. Jan/abr. 2013. BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

REGAN, Tom. The Case for Animal Rights. In: Peter Singer (ed), *In Defense of Animals*. New York: Basil Blackwell, 1985.

REGAN, Tom. The More Things Change. A review of Richard Ryder's. *Animal Revolution: Changing Attitudes. Towards Speciesism. Between the Species*. pp. 110-115. North Carolina State University, Spring 1991.

_____. The More Things Change. A review of Richard Ryder's. *Animal Revolution: Changing Attitudes. Towards Speciesism. Between the Species*. pp. 110-115. North Carolina State University, Spring 1991.

RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RYDER, Richard D. Os animais e os Direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 04. pp. 67-70, 2008.

_____. Speciesism Again: The Original Leaflet. *Critical Society*. Spring, Issue 2, 2010.

_____. The Oxford Group. In BEKOFF, Marc, and CARRON Meaney. *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*. Westport, CT: Greenwood Publishing Group, Inc., 1998.

_____. *Victims of Science: The Use of Animals in Research*. London: David-Poynter, 1975.

_____. *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*. Basil Blackwell, 1989.

SALT, Henry S. Animals' rights. In *Animal rights and human obligations*. New Jersey: Prentice-hall, 1976.

SANKOFF. Peter, Charting the Growth of Animal Law in Education. *Journal of Animal Law*. Vol. 04. pp. 105-148. 2008.

SANKOFF. Peter, Charting the Growth of Animal Law in Education. *Journal of Animal Law*. Vol. 04.

SANTANA, Luciano Rocha & SANTOS, Clarissa Pereira Gunça dos. O crime de maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32). In MARCHESAN, Ana Maria Moreira & STEIGLEDER, Annelise Monteiro. (org.). *Crimes Ambientais Comentários à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SENATORI, Megan A. & FRASCH, Pamela D. The Future of Animal Law: Moving Beyond Preaching to the Choir. *Journal of Legal Education*. Vol. 60. n.02. pp. 209-236. November, 2010.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Capacidade de ser parte dos Animais Não-Humanos: Repensando os Institutos da Substituição e Representação Processual. In Teresa Giménez Candela. (Org.). *da derecho ANIMAL la web center de los animales con derecho*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Septiembre, 2010.

_____. Brazilian Animal Law Overview: Balancing Human and Non-Human Interests. *Journal of Animal Law*. Vol. 06. pp. 81-104. 2010.

_____. *Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual*. Salvador: Evolução, 2012.

_____. Direito Animal e os paradigmas de Thomas Kuhn: Reforma ou Revolução Científica na Teoria do Direito? In: Rodolfo Pamplona Filho; Nelson Cerqueira; Gilson Alves de Santana Júnior. (Org.). *Metodologia da Pesquisa em Direito*. Salvador: UFBA, 2010, v. 01.

_____. Introdução aos direitos dos animais. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 62. pp. 141-168, 2011.

_____. Teoria da Constituição: Direito Animal e Pós-Humanismo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*. Vol. 10. pp. 11683-11732, 2013.

SIMPSON, Matthew. Coetzee in Oxford. *Oxford Magazine*. Nº. 289. Trinity Term 2009.

SINGER, Peter. Animal liberation. *The New York Review of Books*. Vol. 20. Nº 05. Publicado em 05 de Abril de 1973.

_____. *Animal Liberation: a New Ethics for our Treatment of Animals*. New York: New York Review/Random House, 1975.

_____. *Famine, Affluence, and Morality*. *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 01. n. 01. pp. 229-243. Spring, 1972.

TAFALLA, Marta. La apreciación estética de los animales. Consideraciones estéticas y éticas. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 28. , pp. 72-90. Mayo, 2013.

_____. Sobre perros y justicia: a propósito de la prohibición del sacrificio de perros abandonados en Catalunya. *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 06. p. 01-05. Marzo, 2006.

THOMAS, Keith. *O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500 – 1800)*. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TISCHLER, Joyce. A Brief History of Animal Law, Part I (1972-1987). *Stanford Journal of Animal Law and Policy*. Vol. 01. pp. 01-49. 2008.

TISCHLER, Joyce. A Brief History of Animal Law, Part II (1985 –2011). *Stanford Journal of Animal Law and Policy*. Vol. 5. pp. 27-77. 2012.

_____. Building our Future. *Animal Law*. Vol. 15. pp. 01-07. 2008.

TUGLIO, Vânia. Rodeios e crueldade contra animais. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 10. 2005.

WAISMAN, Sonia S.; FRASCH, Pamela D. & WAGMAN, Bruce. A. *Animal Law: Cases and Materials*. 3. ed. Durham, NC: Carolina Academic Press 2006.

WALDAU, Paul. Law & Other Animals. In *Teaching the Animal: Human-animal studies across the disciplines* New York: Margo DeMello ed, 2010.

WARREN, Marry A. *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

WISE, Steven M. Animal Thing to Animal Person – Thoughts on Time, Place, and Theories. *Animal Law*. Vol. 05. pp. 61-68. 1999.

_____. The Entitlement of Chimpanzees to the Common Law *Writs of Habeas Corpus* and *de Homine Replegiando*. *Golden Gate Law Review*. Vol. 37.2. Winter, 2007.

_____. The Evolution of Animal Law since 1950. In *The State of the Animals II*: 2003.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A RESOLUÇÃO 2013/13 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM)

Assisted human reproduction: the resolution 2013/13 of Federal Council of Medicine

LEANDRO REINALDO DA CUNHA

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Pesquisador Científico. Professor de Pós-Graduação e Graduação da Universidade Nove Julho. Professor da Universidade Metodista de São Paulo. E-mail: leandrocunha@aasp.org.br.

TEREZINHA DE OLIVEIRA DOMINGOS

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisadora Científica de Grupos de Pesquisa certificados no CNPq. Coordenadora, Professora de Graduação e de Pós-Graduação, Professora orientadora de Pesquisa Científica da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. E-mail: terezinhaod@hotmail.com.

RECEBIDO EM: 04.03.2013

APROVADO EM: 20.06.2013

RESUMO

A reprodução humana assistida é uma forma de reprodução que busca permitir que pessoas que não reúnem condição de procriar pelas vias naturais possam vir a experimentar a experiência da paternidade. A questão é que apesar de tratar-se de uma realidade científica desde o final da década de 1970 e início da década de 1980, é tema que não encontra a devida atenção do ordenamento jurídico nacional, o que permite o surgimento de inúmeros questionamentos, e a tomada de decisões de entidade de classes como parâmetro para a compreensão da questão. Abordaremos neste artigo a reprodução humana assistida considerando a recente Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

PALAVRAS-CHAVE: REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. PATERNIDADE. BIODIREITO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

The assisted human reproduction is a form of reproduction that seeks to allow people who do not meet condition of breeding by natural means may come to experiment the experience of parenthood. The point is that even though it is a scientific reality since the late 1970's and early 1980's, it is a theme that has no proper attention from the national legal system, which allows the emergence of numerous questions, and making entity class's resolutions as a parameter for understanding the question. Discuss this article assisted human reproduction considering the recent Resolution 2013/13 of Federal Council of Medicine (CFM).

KEYWORDS: ASSISTED HUMAN REPRODUCTION. PARENTHOOD. DIGNITY OF THE PERSON HUMAN.

SUMÁRIO: 1. Paternidade e reprodução assistida. 1.1. Requisitos pessoais para a participação em processo de reprodução assistida. 1.2. Sexualidade e reprodução assistida. 1.3. Das responsabilidades dos estabelecimentos que efetivam as técnicas de reprodução assistida. 2. Da doação de material genético. 2.1. Do destino do material genético não utilizado. 3. Gestação em substituição. 3.1. Do contrato de gestação em substituição. 3.1.1 Da licitude do objeto do contrato. 3.2. Da eficácia do contrato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A realidade da sociedade atual é bastante distinta daquela vivenciada em outros tempos, ante as constantes mudanças pelas quais o mundo passa neste peculiar período da humanidade em que inovações do mundo científico contrastam com ramos da coletividade que se mostram absolutamente moralistas e conservadores, num conflito que muitas vezes ganha contornos surreais. De um lado se colocam a realidade do mundo virtual, os desafios ambientais vinculados a manutenção da espécie humana e relacionados a sustentabilidade e os inúmeros avanços quanto a saúde ombream com preconceitos das mais variadas espécies, como a discriminação por conta de cor de pele, orientação sexual ou classe social.

Estas mudanças na realidade das sociedades devem ser objeto de atenção por parte do legislador, a fim de garantir uma legislação vinculada com o seu tempo e em consonância com a realidade da população a ela sujeita, sob pena de manifesta afronta ao exercício pleno da atividade jurisdicional do Estado.

O simples fato de decorrer do tempo entre a elaboração do texto do Código Civil e os dias atuais por si só já seria suficiente para que surgissem questionamentos

ante a série de mudanças sociais vividas neste período, considerando-se que quando de sua edição não existiam inovações extraordinárias que hoje fazem parte do cotidiano da população, como o Facebook e o YouTube, para ficar apenas em algumas evoluções virtuais.

Ocorre, contudo, que algumas evoluções da ciência que já eram realidade consolidada quando do início da vigência do Código Civil foram ignoradas de forma absurda ou então não se revestiram da devida relevância, sendo relegadas pelo legislador, dando azo ao surgimento de um grande número de lacunas normativas inadmissíveis, nas mais diversas esferas.

No que concerne ao biodireito uma das lacunas mais clamorosas que se pode constatar esta relacionada à reprodução assistida ou à inseminação artificial, tema que ganhou atenção de forma parca em apenas em 3 incisos do art. 1597 do Código Civil, que se presta a tratar da presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento.

Considerando a relevância do tema e a leniência do Poder Legislativo, atualmente tem-se socorrido em parâmetros não legislativos para apreciar as questões vinculadas à reprodução assistida, como é o caso da Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), de 16 de abril de 2013, que revogando a Resolução CFM nº 1.957/10, fixa as normas de fundo deontológico a ser seguido pelos médicos nesta seara, ainda que desprovida de eficácia *erga omnes*.

O referido dispositivo colaciona um conjunto de diretrizes às quais os profissionais da área médica estão atrelados na condição de sua atividade profissional e, mesmo com esta eficácia restrita, o consignado no corpo da Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM) tem sido considerado como o padrão ético a ser seguido pela ciência médica no que concerne à reprodução assistida.

Valendo-se do método dedutivo, a presente análise tem por premissas elementar a realidade da sociedade e a pronta necessidade da fixação de um conjunto normativo com o objetivo de solucionar as inúmeras incertezas atreladas ao tema com o fulcro de equacionar sérias celeumas que se estabelecem em casos de reprodução assistida.

1. PATERNIDADE E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O legislador pátrio, conforme já aventado, praticamente ignora a existência da reprodução humana assistida no corpo do ordenamento jurídico vigente, apenas tratando o tema de forma absolutamente superficial ao tratar da presunção de filiação na constância do casamento.

O interesse pela paternidade é característica inerente à condição humana de perpetuação da espécie, podendo-se pugnar pela existência de um “direito à procriação do ser humano” ou um direito subjetivo de procriar, numa projeção da

personalidade humana, decorrente do direito da personalidade⁴³¹, sendo certo que nem sempre a capacidade de procriar se faz presente, havendo a necessidade da intervenção científica a fim de se atingir este objetivo.

No que tange a paternidade, tem-se que, ordinariamente, esta será apreciada na modalidade matrimonial, segundo a qual existindo casamento vigente há a presunção de que a mãe é aquela que deu a luz à criança, enquanto o pai seria o marido desta mulher (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), com a inserção de presunções quanto a esta paternidade no art. 1597 do Código Civil. De outra sorte, inexistente presunção em sede de filiação extramatrimonial, situação em que o reconhecimento da paternidade por parte do pai se faz necessária.

Todavia, em razão da evolução da ciência atualmente a questão da paternidade, quanto ao seu aspecto biológico, reúne meios técnicos que permitem aferir com precisão qual a procedência genética de cada pessoa, mormente por meio do exame de DNA. Há ainda que se considerar que as técnicas de inseminação artificial existentes atualmente permitem até mesmo que se questione a maternidade daquela que deu a luz.

Diante desta realidade científica, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução 2.013/13, de 09 de maio de 2013, tratando da reprodução assistida, revogando a Resolução 1.957/10, sendo certo que a nova redação se deu muito em decorrência do posicionamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homossexual estável (o texto revogado não fazia qualquer menção a orientação sexual ou estado civil).

Ressalta-se que as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) não se revestem de força legislativa, vinculando apenas os profissionais da área médica e não a população como um todo. Em outras nações a questão da inseminação artificial é considerada na legislação, como se dá, por exemplo, na França, através da denominada de PMA (*procréation médicalement assistée* – reprodução medicamente assistida), prevista no Código Civil daquele país (art. 311-19 e 311-20).

Os pontos principais da Resolução 2013/13 estão relacionados à determinação expressa de que as técnicas de reprodução assistida podem beneficiar qualquer pessoa, ainda que solteira ou em relacionamento homoafetivo, conforme dispõe o item II, 2, a fixação da idade das mulheres que poderão receber a inseminação artificial e a quantidade de embriões a serem transferidos⁴³² e a fixação de critérios para a gestação em substituição, conhecida como barriga de aluguel.

⁴³¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 140.

⁴³² Resolução 2013/13: 6 - O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

Neste último aspecto a Resolução fixa que a doadora temporária de útero há de ser parente daqueles que solicitam a gestação em substituição até o 4º grau consanguíneo, indicando de maneira incompleta quem seriam estes parentes, em uma situação que traz uma restrição acerca da realização da inseminação artificial nestes casos.

RESOLUÇÃO 2013/13 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

De forma a suprir a ausência legislativa e estabelecer os parâmetros mínimos de atuação dos profissionais da área médica, o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu, por meio da Resolução 2013/13, alguns parâmetros que devem nortear a reprodução assistida em território nacional. Embora, a resolução não se revista de caráter legislativo ela traz as diretrizes de conduta a serem seguidas pelos médicos que atuam nesta área específica do conhecimento.

Inicialmente é de se consignar que o elemento que levou à edição da presente resolução, conforme se explicita em seu próprio corpo, foi o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277 e ADPF 132 que reconheceu a união homossexual estável como modalidade de entidade familiar, conferindo direitos aos casais estabelecidos entre pessoas do mesmo sexo, publicada no DOU de 05 de maio de 2011⁴³³.

Tal informação é de suma relevância a fim de se entender o contexto social em que se insere a resolução, mormente se considerando que ela vem a revogar o disposto na Resolução CFM nº 1.957/10, publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, que era a que tratava da questão da reprodução assistida anteriormente. Ressalta-se que não é comum uma alteração desta natureza num espaço de tempo tão curto, a não ser em casos em que as mudanças sociais clamam por uma pronta adaptação.

Em que pese todo o preconceito que ainda grassa na sociedade brasileira, a qual ao mesmo tempo que se autodeclara liberal e moderna, com inúmeras situações de liberdade de expressão e moral, se mostra altamente retrograda e com conceitos religiosos fixando a conduta da população, o Conselho Federal de Medicina (CFM) tomou uma atitude adequada ao seu tempo e considerou a questão da união homossexual como uma realidade para a análise da questão da reprodução assistida.

Fato é que a infertilidade humana é uma questão de suma relevância na sociedade merecendo, portanto, a devida atenção de todos os órgãos a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, preceito fundamental de um Estado Democrático de Direito, neste sentido “[...] os Direitos Fundamentais, devem ser concretizados, para que se tenha realmente a satisfatividade da dignidade da pessoa humana”⁴³⁴. De se

⁴³³ CUNHA, Leandro Reinaldo da. *A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277)*, vol. 8, São Bernardo do Campo: Metodista, 2010.

⁴³⁴ DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. *A Capacidade Contributiva Sob O Enfoque Do Capitalismo Humanista*. 179 f. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

considerar que o interesse em procriar é inerente à condição humana e a infertilidade atinge a mais diversa gama de pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A infertilidade é condição de saúde, a qual não pode ser olvidada, mormente ao se ter em conta de consideração o fato de que o direito à saúde é garantia constitucional, conforme bem consigna o artigo 196 da Constituição Federal. O direito à saúde, há que se ressaltar, não se restringe ao âmbito no aspecto físico, mas à integridade humana como um todo, abrangendo também o aspecto psicológico ou moral, inserindo-se no contexto dos direitos da personalidade.

O objetivo primordial da reprodução assistida é viabilizar o processo de procriação nas hipóteses em que as pessoas que tencionam ter filhos se veem impedidas de atingir este escopo através dos meios ordinários para tanto, por meio do empenho de técnicas médicas que se fazem presentes, ante ao crescente desenvolvimento científico que reina nesta específica área do conhecimento médico científico.

Alguns pontos consignados no corpo da resolução merecem especial atenção, conforme se passará a expor.

1.1. REQUISITOS PESSOAIS PARA A PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM) firma alguns requisitos que entende necessários para que se possa participar do processo de reprodução assistida, com o objetivo de garantir ou ao menos potencializar a possibilidade de que o tratamento se mostre efetivo.

Dentre os requisitos consignados para que se dê a utilização das técnicas de reprodução assistida está a existência de possibilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, bem como a idade máxima das candidatas à gestação por reprodução assistida de 50 anos, como consta dos princípios gerais da resolução.

Todavia, ainda que se trate de elementos de ordem clínica, é de se entender que tais parâmetros não podem ser considerados, em sua totalidade, de forma pre-remptória, vez que eventualmente serão inadequados.

O critério da possibilidade efetiva de sucesso do tratamento para a reprodução assistida se mostra absolutamente pertinente, vez que não se poderia pensar na realização dos procedimentos em casos em que inexiste a real possibilidade de que este venha a se mostrar exitoso, consignando-se ainda que o profissional que agisse desta forma estaria atando de forma ilícita, cabendo até mesmo se questionar a sua responsabilização civil e penal.

O mesmo pode ser asseverado acerca da questão da inexistência de grave risco à saúde tanto da paciente quando da eventual prole, vez que a higidez física

do ser humano é um preceito basilar e norteador de toda a sociedade, bem como do ordenamento jurídico.

De outra feita, contudo, não se reveste de toda a técnica a imposição de um requisito etário no presente caso. O texto da resolução pugna que a idade máxima para as mulheres que queiram participar do processo de reprodução assistida seja de 50 (cinquenta) anos, firmando um critério inadequado, vez que ao se considerar o estabelecimento da aferição da possibilidade efetiva do tratamento esta questão estaria afastada. A presente fixação etária pode dar ensejo à impetração de mandado de segurança daquelas mulheres que venham a ser diagnosticadas em perfeitas clínicas condições de participar do processo de reprodução assistida com sucesso, mas que já tenham passado pela barreira dos 50 (cinquenta) anos.

Nas regras gerais com relação aos pacientes, a resolução impõe que os pacientes das técnicas de reprodução assistida sejam pessoas capazes e que tenham solicitado a participação neste tipo de procedimento, estando de pleno acordo com a situação e tendo pleno conhecimento acerca do que virá a ocorrer, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido que se exige.

Neste aspecto a resolução afasta a possibilidade de extração de material genético *post mortem* (nos casos em que tal retirada se mostre possível logo após a morte do sujeito), ou mesmo a utilização do material sem a expressa concordância do sujeito.

1.2. SEXUALIDADE E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Entendeu por bem a Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM) consignar de forma expressa acerca da possibilidade da utilização das técnicas de reprodução assistida em relacionamentos homossexuais e por pessoas solteiras (respeitado o direito da objeção de consciência do médico).

Muito se questionou com relação à possibilidade de se permitir a procriação em casos em que não se configuraria a estrutura da família clássica, constituída pelo casamento, ou mesmo pela outra modalidade de convivência familiar expressamente inscrita no corpo da Constituição Federal de 1988, a união estável, vez que seriam estas as formas naturais de estabelecimento de família e, portanto, de procriação. Evidente que tal posicionamento se mostrava altamente discriminatório e anacrônico, vez que atualmente há um enorme número de situações em que a reprodução se dá independentemente de constituição de convivência entre os genitores. Sobre a temática Maria Berenice Dias⁴³⁵ discorre:

Os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para sua identificação.

⁴³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 43.

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de efetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família.

[...] A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas (grifo do autor).

No que se refere aos casais homossexuais a questão da impossibilidade da procriação está vinculada a uma restrição física, motivo pelo qual as técnicas de reprodução assistida se mostram preponderantes a fim de permitir que estas pessoas vejam garantidos o seu direito de procriar.

A orientação sexual ou a identidade de gênero de uma pessoa não pode e não deve ser estabelecida como parâmetro ou requisito para a concessão de qualquer sorte de direito em um Estado Democrático de Direito, vez que a imposição de restrições desta natureza revela-se como uma clara e absurda ofensa aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴³⁶. Como bem pugna Elimar Szaniawski, o “direito à procriação do ser humano”, estabelece-se como uma projeção da personalidade humana, decorrente do direito da personalidade, surgindo daí um direito subjetivo de procriar⁴³⁷, desdobramento do direito à parentalidade, não podendo ser restrito sem uma real razão.

No que se refere à questão da pessoa solteira é de se entender que a imposição de qualquer impedimento também haveria de ser considerado discriminatório, vez que ante a secularização do Estado não há mais que prevalecer o entendimento forjado pela Igreja de que caberia às pessoas o dever de casar e procriar, nesta ordem. A legislação pátria não traz qualquer regramento do sentido de possibilidade ou não de gestação, sendo esta situação uma realidade social que não cabe à norma tentar restringir.

⁴³⁶ Ensina Ingo Wolfgang Sarlet [...] a dignidade é algo inerente a essência do ser humano e que o qualifica como tal, sustenta-se que a dignidade da pessoa humana é algo do qual nem este pode livremente dispor, sendo, portanto, irrenunciável, inalienável e intangível. Relembre-se, neste contexto, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade, e é a dignidade de cada pessoa que deve ser objeto do respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 112.

⁴³⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, São Paulo, RT, 1998, p. 143.

1.3. DAS RESPONSABILIDADES DOS ESTABELECIMENTOS QUE EFETIVAM AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Outro ponto que merece atenção no corpo da Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM) está relacionado à imposição de procedimentos a serem adotados pelas clínicas ou centros que realizam as técnicas de reprodução assistida, fixando responsabilidade pelos serviços por eles prestados.

Inicialmente há a determinação da responsabilidade das clínicas e centros pelo “controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA”. De se evidenciar que a desatenção a estes parâmetros estabelecidos podem ensejar a responsabilização civil da clínica ou centro pelos danos eventualmente causados, sendo possível se consignar a aplicação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, já que se trata de uma relação de consumo, nos termos da lei.

Neste âmbito é importante se asseverar que a Resolução impõe ainda às clínicas e centros a manutenção de um “registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões” (item III, 2), bem como “um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças” (item III, 3), registros estes que deverão de estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

Verifica-se, portanto, que para que a clínica ou centro venha a atuar na área da reprodução assistida haverá de atender a alguns requisitos básicos a fim de garantir que o serviço prestado tenha uma eficiência e qualidade mínimos.

2. DA DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO

Outra diretriz considerada relevante pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) é a relacionada à doação de gametas ou embriões. Inicialmente é de se considerar que a questão da doação de esperma e óvulos não se enquadram no disposto na Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, como expressamente consta do texto do parágrafo único do art. 1º da referida lei.

A resolução estabelece como parâmetros para a doação que esta não tenha caráter lucrativo ou comercial (item IV, 1), a proteção da identidade de doadores/receptores (item IV, 2 e 4) e o estabelecimento de idade limite para os doadores (item IV, 3).

A proibição da doação com caráter lucrativo ou comercial converge com a previsão consignada na lei para os casos de doação de órgãos conforme consignado na Lei 9.434/97, vez que o posicionamento adotado em nosso país é de que tais atos devem ser lastreados pelo caráter altruístico.

O critério da limitação etária (35 anos para mulheres e 50 anos para homens) é de fundo técnico, contudo, pode ser questionado vez que eventualmente alguém que não se encontra incluído no parâmetro proposto pode apresentar condições clínicas para a oferta de material genético de qualidade e que poderia ser utilizado em reprodução assistida.

O ponto de maior celeuma está vinculado à questão da proteção da identidade de doadores e receptores, sendo esta a regra, consignando-se como exceção situações especiais em que, por motivação médica, as informações podem ser fornecidas exclusivamente a médicos, resguardadas a identidade civil do doador. A perspectiva do Conselho Federal de Medicina (CFM) é que caso as informações possam ser consideradas relevantes para a saúde pode haver a quebra do sigilo de identidade, motivo pelo qual as “clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente”.

De se considerar que em situação similar à presente, a legislação pátria assevera que é um direito ter conhecimento à origem biológica, como é o caso da adoção, nos termos do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assevera tal prerrogativa ao adotado após completar 18 (dezoito) anos, ainda que tal fato não possa trazer qualquer tipo de consequência no que concerne a aquisição de direitos familiares ou sucessórios.

Evidencia-se assim que tal questão depende necessariamente de regramento legislativo, sendo de se pugnar, de *lege ferenda*, pela possibilidade de que caso haja interesse seja permitido à pessoa nascida em decorrência de reprodução assistida que ela venha a ter conhecimento do processo de inseminação como um todo, impedindo a existência de qualquer consequência jurídica em decorrência destas informações.

Interessante notar que o Conselho Federal de Medicina (CFM) confere às clínicas e centros a responsabilidade pela escolha dos doadores, cabendo a eles, na medida do possível, buscar um doador que apresente a maior semelhança fenotípica e imunológica possível, bem como a máxima compatibilidade possível com a receptora, sendo certo que é vedada qualquer sorte de seleção genética, salvo no que se refere a alterações genéticas causadoras de doenças, como consignado no item VI, 1.

Esta última questão, relacionada à seleção genética, se mostra extremamente controversa, gerando enorme celeuma na esfera da bioética e, conseqüentemente, do biodireito, tema que se mostra absolutamente relevante, mas que não cabe no escopo do presente trabalho.

Ainda no que concerne à questão dos doadores o Conselho Federal de Medicina (CFM) assevera que “na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes”, com o objetivo de evitar riscos de relacionamento e procriação entre pessoas que tenham tido o mesmo doador, situação em que ensejaria um agravamento do risco de problemas genéticos para a prole deste eventual casal.

2.1. DO DESTINO DO MATERIAL GENÉTICO NÃO UTILIZADO

A Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM) consigna que o material genético, sejam espermatozoides, óvulos e embriões ou tecidos gonádicos, podem ser congelados (criopreservação), sendo certo que o “número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados”. No instante em que determinar o congelamento do material genético o doador há de informar, ante a declaração de vontade expressa e por escrito, qual o destino a ser dado a tais embriões “em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

Esta determinação de que o destino do material criopreservado seja decidido ao se requerer seu congelamento aparenta ser apenas uma precaução do Conselho Federal de Medicina (CFM) para que não se estabeleça maiores celeumas nos casos ali consignados, contudo, é de se entender que nada impede que a manifestação ali apresentada venha a ser objeto de questionamento ou mesmo modificação de vontade.

Ainda no contexto da criopreservação, a presente resolução assevera a possibilidade de descarte dos embriões neste estado, desde que se encontrem armazenados há mais de 5 (cinco) anos, desde que esta seja a vontade dos pacientes, complementando a concepção constante da Lei de Biossegurança, que determina a possibilidade de encaminhamento de tais embriões para pesquisas de célula-tronco após 3 (três) anos de congelamento (art. 5º, II da Lei 11.105/05).

O descarte de embriões criopreservados é ponto enorme questionamento e que certamente dará ensejo a uma enorme discussão, mormente se considerados os aspectos religiosos que podem ser vinculados ao tema.

3. GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

A gestação em substituição ou doação temporária de útero é aquilo que coloquialmente se convencionou denominar de “barriga de aluguel”, situação em que não há a possibilidade de que o interessado ou o casal possa gestar o embrião, havendo a necessidade de valer-se de um terceiro para que a gravidez venha a se

desenvolver.

Esta questão envolve uma série de elementos relevantes a serem considerados, tais como a questão do contrato a ser entabulado entre as partes (sua natureza, licitude e efetividade), a efetivação do registro de nascimento, bem como os direitos e deveres relacionados.

Reiterando-se que nada há expresso na legislação vigente acerca do tema, o posicionamento apresentado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) pode servir como um alicerce inicial para a elaboração de normas que insiram a questão no ordenamento jurídico vigente.

O tema é objeto de atenção do item VII da Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que de pronto afirma que esta modalidade de gestação é admissível quando se constate a existência de um problema médico que impeça ou contraíndique a gestação por meios ordinários. Esta restrição impede, de plano, a utilização da gestação em substituição por mera vontade ou discricionariedade, restringindo a plena liberdade de contratar decorrente do princípio da autonomia das vontades na esfera contratual, situação esta que não encontra respaldo no corpo da legislação vigente.

O texto da referida resolução impõe ainda que a doadora temporária de útero deve pertencer à família de “um dos parceiros”, em expressão inadequada, vez que esta modalidade de reprodução assistida pode ser realizada também por pessoas solteiras. Ainda de se pontuar que a imposição de que a doadora pertença à família não tem respaldo legal, podendo ser questionada judicialmente por quem queira valer-se do método sem envolver familiares.

Quando trata dos familiares que podem integrar a relação de gestação em substituição o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabelece vinculação incompleta, vez que ao indicar nominalmente quem seriam as pessoas com legitimidade para figurar nesta doação ignora a possibilidade de alguns parentes dentro do parâmetro estabelecido, olvidando-se da figura da sobrinha (3º grau), e tias-avós e sobrinhas-netas (4º grau), que seriam pessoas perfeitamente possíveis considerando a realidade social nacional em que tais parentes podem se encontrar em perfeitas condições de gestação, dentro do limite etário de 50 (cinquenta) anos impostos pelo conselho.

A resolução reitera que a gestação em substituição não pode apresentar caráter lucrativo ou comercial, ponto este que também não encontra respaldo no texto da legislação vigente, sendo pertinente se pensar que tal imposição não se bastaria face a previsão constitucional de que ninguém é obrigado senão por disposição de lei, ou mesmo de que tudo o que não for objeto de proibição é permitido. Ressalta-se que o pagamento de todas as despesas médicas pré-natais, bem como a subvenção de meios para a manutenção da doadora na constância da gestação não devem ser entendidas como uma forma de pagamento, desnaturando a gratuidade do contrato.

Salta aos olhos o fato da Resolução não considerar a possibilidade de que

a gestação em substituição se dê em situação em que se tenha que utilizar da inseminação artificial heteróloga, com doação simultânea de óvulo e espermatozoide. Nesta hipótese se teria a existência de um doador de espermatozoide, uma doadora de óvulo, uma terceira pessoa que seria a doadora temporária de útero favorecendo uma pessoa ou casal que não tenha condições de procriar.

O texto da normativa ética do Conselho Federal de Medicina (CFM) con-signa ainda que as clínicas devem ter arquivo do termo de consentimento informado dos participantes, “relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero, descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; - os riscos inerentes à maternidade; - a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; - se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.”

Bastante curiosa a determinação da Resolução de que a clínica tenha uma garantia de que a criança venha a ser registrada em nome dos “pais genéticos”, que mais tecnicamente haveria de se entender como os contratantes da gestação em substituição, como se apresentará no decorrer no presente trabalho.

Parte do que consta do conteúdo da Resolução está relacionado a aspectos jurídicos que vão muito além do escopo da normativa da entidade de classe médica, vez que atinge aspectos jurídicos de suma relevância.

3.1. DO CONTRATO DE GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

De se consignar, inicialmente, que a vinculação entre as partes para a gestação em substituição há de se estabelecer por meio de um contrato vinculando a todos, firmando as obrigações que competirão a cada uma das partes envolvidas na avença entabulada.

Considerando que o texto do Código Civil não traz esta modalidade contratual entre as formas elencadas, caberá a aplicação dos preceitos referentes aos contratos inominados, sendo certo que a única vedação expressa presente na legis-

lação se refere à herança de pessoa viva (art. 426), fazendo com que não se possa trabalhar, de plano, com a existência de qualquer impeditivo para a realização da doação temporária do útero.

Numa visão preliminar pode-se asseverar que o contrato haveria de ser considerado existente, levando em consideração a escada pontiana dos negócios jurídicos, vez que apresenta manifestação de vontade, idoneidade do objeto e finalidade comercial, o que viabiliza que se passe a aferir o contrato segundo a perspectiva da validade.

Neste âmbito, a legislação determina que o negócio jurídico há de apresentar agente capaz, objeto lícito possível e determinado ou determinável, além de forma não defesa ou prescrita em lei. Evidencia-se a inexistência de qualquer obstáculo quanto a configuração de agente capaz, ante a ausência de restrição de aptidão para quem quer que queira realizar tal avença (com base no que consigna a lei) ou mesmo questões pertinentes à forma, ainda que se sugira que se dê de forma escrita, por meio de escritura pública, sendo certo que toda a questão repousa sobre a figura do objeto, como se passará a analisar.

3.1.1 Da licitude do objeto do contrato

A licitude do objeto de qualquer contrato é requisito essencial para a sua validade, entendendo o Código Civil que a desatenção a este aspecto enseja a caracterização da nulidade do negócio jurídico, nos termos do art. 166, II do referido texto legal. Entende-se por lícito o objeto que não se mostre contrário à lei, à moral ou aos bons costumes, apreciação esta que se revela de alta pertinência para a compreensão dos contratos de gestação em substituição.

O ponto inicial para a presente aferição está em se definir qual seria o objeto efetivo do contrato firmado entre aquele que pretende ter um filho e a pessoa que fornecerá o útero para gestação. Possível se consignar que o objeto do contrato seria uma prestação de serviço, uma obrigação de fazer, em que aquela que gestará o embrião terá que praticar este ato em favor de seus contratantes, entregando-lhes o produto desta gestação ao cabo da gravidez.

Se não for este o entendimento, mas sim o de que se trata de uma obrigação de dar, no qual a doadora temporária de útero há de entregar “uma coisa” aos contratantes ao termo do contrato se estará diante de uma situação que ensejará questionamentos de alta incidência ética, com a alegação de que se trataria de um contrato que transferiria um ser humano a outra pessoa, num contexto em que não se admite a comercialização de pessoas.

O elemento objetivo desta avença entabulada pelas partes se mostra importante para a fixação dos desdobramentos deste contrato, vez que em face da relevância de que se reveste trata-sede matéria de ordem pública passível de nulidade, a qual pode ser suscitada por qualquer pessoa, a qualquer tempo, independentemente

de um prazo específico para tanto.

Nesta perspectiva os desdobramentos de uma eventual configuração de nulidade são severos, ao se considerar que se o referido contrato firmado entre as partes for considerado nulo, o que pode ocorrer independentemente da vontade das partes, haveria de se restabelecer o *status quo ante*, o que, no presente caso, ensejaria o afastamento do convencionado entre as partes com a obrigatoria prevalência do disposto na lei quanto a filiação, fazendo com que a mulher que deu a luz à criança seja considerada sua mãe.

A invalidação do contrato de doação temporária de útero geraria, portanto, sérias consequências, vez que a gestação da doadora se deu exclusivamente com o fulcro de que aquele que com ela contratou viesse a ser considerado como pai da criança gestada, e a atribuição da maternidade à doadora além de atentatória ao princípio da boa-fé contratual seria considerado altamente prejudicial ao interesse da criança, parâmetro elementar quando se trata de criança e adolescente.

De se considerar ainda que, como tal questão seria passível de nulidade, a inexistência de prazo para a sua alegação poderia gerar graves danos de cunho psicológico à criança ou adolescente, podendo desestruturar ou desestabilizar uma estrutura familiar existente e harmônica, até mesmo muitos anos depois de seu nascimento.

3.2. DA EFICÁCIA DO CONTRATO

Em aspectos práticos, a gestação em substituição apresentará sérios problemas para sua efetivação, vez que exigirá que órgãos públicos venham a reconhecer o contrato firmado pelas partes como elementos válido e eficaz a atribuir a paternidade a quem não gestou ou pariu a criança.

Ordinariamente, nascida a criança, o seu registro de nascimento decorrerá do atestado de nascido vivo que é emitido pelo hospital (situação que não se verifica caso o nascimento não se dê nestes estabelecimentos) no qual consta o nome da pessoa que deu a luz à criança.

Aceitar-se a apresentação de qualquer contrato como documento bastante a se ignorar a informação constante do atestado poderia dar ensejo a uma questão que colocaria em risco a segurança jurídica, vez que tal arranjo poderia fomentar uma série de ilícitos, como a adoção à brasileira. Não se ignora que ainda hoje em nosso país muitas vezes as informações consignadas no registro de nascimento não correspondem a realidade dos fatos, contudo, não se pode permitir que tal situação se perpetue.

Tal questão necessita de uma normatização bastante detalhada a fim de não vir a ser utilizado o contrato da gestação em substituição como um instrumento de ilicitude, questão que retiraria parte da força do instituto que se pretende estabelecer.

De se considerar, neste caso, qual seria a eficácia do presente contrato caso

a doadora temporária do útero vir a decidir, após o nascimento, não entregar a criança ao contratante. Caberia a propositura de ação de busca e apreensão, ainda que não se trata de uma obrigação de dar coisa certa? Ou seria pertinente se pensar na imposição de cominação pecuniária diária (astreinte) nos termos propostos pelo art. 461 do Código de Processo Civil? Qual seria a pertinência de uma imposição pecuniária a uma pessoa desprovida de recursos financeiros?

É de se entender que a fim de minorar tais riscos que o Conselho Federal de Medicina (CFM) fixou a vinculação de parentesco entre o requerente da doação temporária de útero e a doadora, entretanto, tal relação não é suficiente para impedir que os riscos acima relatados se efetivem.

Questiona-se também se o contrato de gestação em substituição teria o condão de afastar a previsão legislativa, atrelada ao direito de família, que fixa a maternidade àquela mulher que deu a luz à criança, ante a natureza deste ramo do direito civil.

Desta forma, a efetivação do que se busca com a doação temporária de útero depende de um regramento que viabilize a sua eficácia, considerando-se que a questão como se encontra hoje (sem legislação cuidando do tema) se encontra distante do que se tem por necessário para o caso concreto, fazendo existir o risco de que de nada venha a valer todo o trabalho que envolve a gestação em substituição caso não se tenha como efetivar o constante do contrato firmado pelas partes.

CONCLUSÃO

A reprodução humana assistida é tema presente na sociedade atual, sendo parte integrante de questionamento nas mais diversas searas, passando pelo cotidiano das pessoas (através das novelas e filmes) e se instalando no mundo das ciências, com desdobramentos tanto no âmbito da medicina como do Direito, não sendo possível ao ordenamento jurídico simplesmente deixar tal situação ao largo.

A leniência do Estado em cumprir com os deveres que lhe são inerentes, fixando as regras para solucionar as hipóteses que podem gerar conflito social, como é o presente caso, se mostra como uma ofensa aos preceitos fundantes de um Estado Democrático de Direito.

Pouco existe na legislação acerca do tema, não sendo suficiente a tornar o tema objeto de uma estruturação legislativa mínima, havendo apenas poucas previsões legais e regramentos desprovidos de eficácia *erga omnes*, como é o caso da Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Os elementos constantes da referida resolução são relevantes e servem de parâmetro médico, contudo não expressam soluções para inúmeros aspectos jurídicos que decorrem das técnicas de reprodução assistida existentes.

Há uma série de implicações decorrentes da reprodução humana assistida que dependem de um ordenamento que leve em consideração tanto os aspectos bio-

lógicos, quanto os afetivos e os sociais, não sendo possível se permitir que a presente lacuna legislativa continue a existir.

Cabe, no presente caso, fixar-se, de *lege ferenda*, que se estabeleça os parâmetros acerca de quem pode ser doador de material genético e mesmo quem pode vir a ser doador temporário de útero (que se propõe seja qualquer pessoa, independentemente de estado civil, orientação sexual ou identidade de gênero), as considerações sobre o destino dos embriões excedentários (fixando-se a possibilidade de descarte após se verificar a inviabilidade da sua utilização para fins reprodutivos), a reforma das presunções de paternidade vigentes e os limites e consequências dos contratos firmados nesta área (com a prevalência do *pacta sunt servanda*), a fim de garantir a sua efetivação.

É de se entender, portanto, que urge a elaboração de legislação que estabeleça os parâmetros mínimos para os contratos que versem sobre reprodução assistida, bem como as consequências destes, a fim de conferir segurança jurídica a esta realidade social, de sorte a conferir direitos a quem contrata a reprodução assistida.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva a procriação natural e medicamento assistida por homossexuais, *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Breves considerações sobre a relação entre o direito de família e os direitos humanos, *Direitos Humanos - Um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2009.

_____. A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277), *Revista o Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo* – v. 8. São Bernardo do Campo: Metodista. 2010.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. A nova perspectiva da adoção nacional e o capitalismo humanista, *Revista o Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo* – v. 10. São Bernardo do Campo: Metodista. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro – Direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. *A Capacidade Contributiva Sob O Enfoque Do Capitalismo Humanista*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010. Publicação digital.

FIUZA, César. *Direito civil – Curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, vol. VI – Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Volume VI – Direito de família*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de família*. São Paulo: Malheiros, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil – Direito de família e sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. *Função social da família*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acessado em: 18..08.2011

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo, RT, 1998.

VAGGIONE, Juan Marco. La sexualidad em un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos, *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Volume VI – Direito de família*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Código civil interpretado*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE: O SUPRAPRINCÍPIO NORMATIVO NO DIREITO PÚBLICO*Principle of legality: the supraprincipio standard in public law***FRANCISCO LUIZ FERNANDES**

Mestre em Direito – área de concentração: Direitos Sociais e Cidadania - pela UNISAL – Centro Universitário Salesiano/Lorena/SP; Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas; Coordenador do curso de Direito da UNINCOR, Professor na seara do Direito na UNINCOR na disciplina de Direito Constitucional; Professor no curso de Direito na FEPI – Centro Universitário de Itajubá/MG, nas disciplinas: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário. E-mail: prof.flfernandes@gmail.com.

RECEBIDO EM: 08.07.2013

APROVADO EM: 20.08.2013

RESUMO

A proposta elencada neste trabalho reflete a possibilidade jurídica de utilização de um supraprincípio na seara do direito público que englobe em seu conceito os princípios basilares do direito público que são: princípio da legalidade, da moralidade, publicidade e eficiência. Princípio já estudado em doutrinas portuguesas que busca concatenar os grandes princípios públicos visando à integração destes para formação do ato administrativo perfeito. Visa, sobretudo promover e demonstrar a possibilidade do agente público ao atuar com o seu *múnus* público estar revestido dos princípios basilares contidos no Art. 37 da CF/88. A proposta é tornar o princípio da juridicidade mais um supraprincípio no direito público, sendo aquele pelo qual o gestor público deve nortear-se em seus atos. A proposta deste trabalho fundamenta-se no estado social democrático do qual proporciona a qualquer pessoa o exercício do direito, não se apartando dos princípios fundamentais do direito público, mormente com fincas no neoconstitucionalismo quando na tomada de decisões deve-se levar em conta todo o arcabouço jurídico existente no afã de proporcionar uma decisão mais justa e equânime. Proposta descrita nesta obra funda-se na concatenação dos princípios basilares formando um princípio gerador de comandos para os demais princípios no direito público.

PALAVRAS-CHAVE: PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE. SUPRAPRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIOS DO DIREITO PÚBLICO.

ABSTRACT

The proposal disagree this work reflects the possibility of using a legal principle above the mobilization of public law in its concept that encompasses the basic principles of public law which are: the principle of legality, morality, transparency and efficiency. Principle already studied in Portuguese doctrines seeking concatenate the great principles aimed at integrating these public training for the administrative act perfect. Visa, mainly promote and demonstrate the ability of the public official to act with the public his office be covered on the basic principles contained in Article 37 of CF/88. The proposal is to make the principle of legality principle above another in public, and one for which the public administrator should be guided in their actions. The purpose of this research is based on social democratic state which gives any person the right, not departing from the fundamental principles of public law, especially with *fincas* in neoconstitutionalism when making decisions should take into account all existing legal framework in the rush to provide a more fair and equitable decision. Proposal described in this work is based on the basic principles of concatenização forming a generating principle of commands to the other principles in public law.

KEYWORD: PRINCIPLE OF LEGALITY. SUPRA PRINCIPLE OF PUBLIC ADMINISTRATION. PUBLIC LAW PRINCIPLES.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Definição de princípios e supraprincípios 1.1. Definição de princípios. 1.2. Definição de supraprincípios no direito público. 2. Supraprincípio da juridicidade. Referências.

INTRODUÇÃO

O princípio da juridicidade é uma inovação evolutiva no direito administrativo, marca o seu nascedouro na proposta de ultrapassar a abrangência do princípio da legalidade, formando um compêndio de obrigações legais e naturais, tais como, um “bloco de legalidade”⁴³⁸, promovendo assim um tratamento *latu sensu* a legalidade necessária ao ato administrativo praticado de formal geral.

Neste esteio, tomando-se por base tal proposta, o princípio da legalidade

⁴³⁸ BINENBOJN, Gustavo. Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.. 137-139.

tornar-se-ia fundamento *strictu sensu* para basilar os atos administrativos, baseando-se tão-somente na regra pura da lei, do qual se defluiu, quando de sua criação, qual seja, a atividade administrativa fulcrada na lei como formadora exclusiva da legalidade administrativa, não se levando em conta, neste princípio, os fundamentos e princípios do direito, como elementos agregadores do “bem agir” do gestor público, portanto só será válido o que estivesse revestido de lei, não se considera os costumes, as decisões dos tribunais, as súmulas, e demais atos norteadores de cumprimento formal nem tampouco os fundamentos do direito como elemento formador desta legalidade.

Na afirmativa de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴³⁹:

Através do princípio da legalidade a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, ou seja, todos os atos do administrador dependem da lei e a Administração Pública não pode, através de ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados”. Assim, “a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei.

Destarte que para chegar nesta concepção de legalidade à proposta administrativa teve seu nascedouro a partir da analogia dogmática entre o ato administrativo e a sentença judicial, ou seja, o ato administrativo seria a apuração dos mandamentos genéricos e abstratos da lei. Tal concepção malfada não teve evolução mormente em virtude do princípio da inafastabilidade de apreciação do poder judiciário o ato administrativo eivado de lei ou deferido de forma diversa da lei não tem efetividade no meio jurídico nacional por não praticarmos administração contenciosa e sim a administração jurídica no Brasil ancorada no Art. 5º, XXXV da CF/88, determinando constitucionalmente a aplicabilidade do sistema de jurisdição uma ou sistema de controle judicial originário do sistema inglês .

Fulcrado neste esteio, a Administração Pública pratica a forma hierarquizada na formação de seus atos, respeitando o princípio da hierarquia, que são, por via de fundamento atos vinculados. De toda essa aplicabilidade fez-se desaguar no entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a Administração Pública deveria agir alicerçado, mormente no princípio da legalidade tendo, tão-somente a lei como fundamento basilar deste princípio da Administração Pública.

Entretanto como o direito é mutante e atuante assim como, atual, e, partindo do pressuposto da necessidade de abarcar uma amplitude jurídico-social para tempos atuais, é que vislumbro esta obra com a proposta de materializar dentro do ordenamento jurídico basilar o *princípio da juridicidade* como um supraprincípio da

⁴³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2002. pp. 67-68

administração pública somado aos outros dois supraprincípios⁴⁴⁰ que abarcam o direito como interesse público e o poder público como supremacia, ensejando na seara do terceiro supraprincípio como *bloco de legalidade*.

No entender de Germana de Oliveira Moraes⁴⁴¹: “A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”.

Na mesma linha, Emerson Garcia⁴⁴² explica que a cunhagem da palavra juridicidade deve-se a Adolf Merkl⁴⁴³, “o qual incluía sob o signo do princípio da juridicidade todo o ordenamento jurídico, abrangendo os regulamentos, os princípios gerais, os costumes etc.; tendo reservado a nomenclatura de princípio da legalidade unicamente à lei em sentido formal”.

A proposta de juridicidade administrativa é formada partindo-se da interpretação dos princípios e regras constitucionais, englobando, sobretudo, o princípio da legalidade. A Constituição preocupou-se, em seu artigo 37, em colocar de forma expressa os princípios que necessariamente deveriam ser seguidos pela administração pública, mas não limitou-se a eles: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência (...)”

Neste diapasão, a legalidade não pode ter tratamento de princípio soberano, restando ser mais um princípio a ser seguido, dentre muitos outros presentes no ordenamento jurídico.

Posto isto, o princípio da juridicidade nasce corroborado na atuação da atividade da Administração Pública no pressuposto emanado da Constituição, com ênfase nos direitos fundamentais e no regime democrático de direito, por serem estes ditames a base de todo o nosso ordenamento. O princípio da juridicidade, por ter uma proposta de bloco de legalidade, vai além da legalidade, vincula a atividade estatal ao conjunto de princípios e regras, valorizando a realização dos direitos do homem sobre a mera aplicação da lei administrativa, da qual este consagrado nos princípios gerais do direito.

⁴⁴⁰ Supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público

⁴⁴¹ MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública, 1. ed., São Paulo: Dialética, 1999, p. 24. In: GARCIA, Emerson. Op. cit. p. 1.

⁴⁴² GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>. Acessado em: 25.10.2012. p. 1.

⁴⁴³ Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramon Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 2ª. ed., Madrid, Editora Civitas, 1978, p. 251.

1. DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIOS E SUPRAPRINCÍPIOS

Os supraprincípios da Administração Pública, embora norteadores do exercício da atividade administrativa pública, não se exaurem em si mesmos, atualmente estes princípios norteadores são dois, mormente, nos ditames de Celso Antônio Bandeira de Melo⁴⁴⁴: a) princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; e b) indisponibilidade do interesse público.

Cabe destacar que embora doutrinados e aplicados como supraprincípios, a supremacia, assim como no direito de forma geral, não é absoluta, cabe análise casuística da aplicabilidade, ou melhor, explicitado, cabe, aplicação elástica dos supraprincípios face aos acontecimentos sociais e jurídicos.

1.1. DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO

Toda forma de conhecimento epistemológico necessita basear-se em princípios. Os princípios servem como fundamento lógico para formar a validade para afirmar as demais asserções que compõe a proposta do saber.

Segundo Miguel Reale⁴⁴⁵, princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento.

Destarte salientar que a LINDB – Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro⁴⁴⁶, elenca em seu Art. 4º somado ao Art. 8º parágrafo único da CLT – consolidação das Leis do trabalho⁴⁴⁷, também o CPC – Código de Processo Civil⁴⁴⁸ traz em seu Art. 126 que, em caso de omissão de regra o juiz deve decidir a lide baseado em analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Princípio tem seu fundamento amparado na deontologia axiológica de conduta. Portanto existem para o mundo, antes das normas ou das regras jurídicas, todas as regras de conduta têm seu nascedouro em uma moral (prescrições valorativas - axiológica), evoluem para conduta (prescrições descritivas - interpretação) até che-

⁴⁴⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 69.

⁴⁴⁵ REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. 27. ed. 11 tiragem. São Paulo: Saraiva. 2012. p 303.

⁴⁴⁶ Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Alterado pela lei Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

⁴⁴⁷ Art. 8º As autoridades administrativas e Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. § único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

⁴⁴⁸ Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

garem a regra ou norma (prescrições prescritivas – positivação) visando a certificação *erga omnis* de uma conduta aprovada ao ser transformada em regra de conduta geral obrigatória a todos os abrangidos pela temática proposta.

Nos ensinamentos do professor Pablo Jiménez Serrano⁴⁴⁹ “É natural que os princípios não sejam iguais, mesmo nas constituições do mesmo tipo, já que sofrem influência das características específicas de cada povo, sejam de ordem econômica, cultural ou história”. Neste afã, os princípios são diversos mas todos têm o mesmo fundamento – o de originar as regras de conduta – de um povo, visando, sobretudo, reger a conduta de forma a propiciar a todos os abrangidos pela conduta uma forma linear de atuação.

Da mesma maneira, os princípios jurídicos são o ponto de partida mais importante do sistema normativo, são verdadeiros alicerces pelo qual se constrói o sistema jurídico.

Princípios são valores fundamentais de um sistema através de abstração indutiva. Princípios são valores fundamentais de um sistema jurídico. Ocorrem em forma de uma dupla finalidade: hermenêutica (entendimento e aplicação) e integrativa (teleologia ao suprir lacunas de lei).

Neste esteio, Celso Antônio Bandeira de Melo⁴⁵⁰ define princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Posto isto, a proposta de utilizar o princípio da juridicidade como um novo supraprincípio da administração pública se reveste de fundamento lógico e racional, mormente pela necessidade de, em todos os atos da vida administrativa, o agente público ou o privado, ter que se submeter aos ditames contidos no Art. 37 da Constituição Federal de 1988.

1.2. DEFINIÇÃO DE SUPRAPRINCÍPIOS NO DIREITO PÚBLICO

Temos elencado na Constituição Republicana de 1988 alguns princípios republicanos basilares norteadores que estão dispostos no Art. 4º da CF/88⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ SERRANO. Pablo Jiménez. Teoria dos Direitos Humanos. São Paulo: Rumo Gráfica Editora. UNIBAN. 2010. p. 54.

⁴⁵⁰ Curso de direito Administrativo. pp. 882-883.

⁴⁵¹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - de-

Os supraprincípios também conhecidos como princípios norteadores da administração pública fundam-se hoje em dia em dois pressupostos: a) supremacia do interesse público sobre o privado e b) indisponibilidade do interesse público.

Em se tratando do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o interesse coletivo sobrepõe os individuais. Preconiza o interesse público primário, ou seja, a coletividade.

Já em relação ao Princípio da indisponibilidade do interesse público, os agentes públicos estão obrigados a atuarem conforme determinado em norma, portanto não é possível transacionar em juízo bens públicos.

O bloco de legalidade suprema, que consiste os supraprincípios da administração pública, não são absolutos, e é neste sentido que podemos parrear a proposta de um novo supraprincípio para administração pública do qual irá englobar não só as leis materiais mais todo arcabouço normativo como decretos atos normativos regulamentos instruções normativas, ética, moral, moralidade pública, conduta e costumes.

O doutrinador Alexandre Mazza⁴⁵², descreve as inúmeras regras ou normas que podem ser abrangidas pelo princípio da juridicidade. Neste sentido o princípio da juridicidade extrapola a seara positivista e alcança condutas sociais e comportamentais do qual o gestor público se obriga a cumprir quando de sua atuação.

2. O SUPRAPRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Porque entender o princípio da juridicidade como um supraprincípio da Administração Pública. Porque não se restringe a apenas uma modalidade principiológica e se sobrepõe quando de sua matriz, ao fundar-se em um grande princípio que englobaria todas as leis (princípio da legalidade), as regras internas e os costumes. O que se busca neste novo supraprincípio vai além dos princípios já apontados por diversos doutrinadores, corrobora em uma convergência de ações que devam ser praticadas pelo agente público sem o qual tornar-se-ia maculado o ato administrativo.

Ainda neste esteio, o princípio da juridicidade não pode estar aparelhado a princípios gerais constitucionais ou quiçá princípios específicos da administração pública pois nasceu para fortalecer o atual momento jurídico do Brasil e de boa parte do mundo aonde se busca a integração entre norma e fato social.

Por todo este diapasão é que entendo ser o princípio da juridicidade um novo supraprincípio da administração pública pois os dois primeiros tem abrangência em seara diversas não contemplando a proposta deste princípio.

Ao abordarmos o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que se pretende a priorizar o interesse coletivo ao sobreporem-se aos indi-

fesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

⁴⁵² MAZZA, Alexandre. Manual de direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 85.

viduais. Preconizando o interesse público primário, ou seja, a coletividade. Quando ressaltamos o princípio da indisponibilidade do interesse público, os agentes não podem transacionar o que é indisponível, ou seja, os bens públicos.

Corroborando esta seara, o princípio da juridicidade reveste-se de toda regra inclusive os costumes, a ética e a eficiência, todo esse desiderato de ordenamentos visa promover a conduta do agente público fulcrado na norma fundamental do agir conforme a lei, e neste novo princípio, a leis revestem-se de toda forma de conduta no mundo jurídico, as positivadas e não positivadas ou sociais.

Parafraçando o doutrinador Alexandre Mazza⁴⁵³, podemos entender que o princípio da juridicidade compõe-se de um bloco de legalidade e, superando esta proposta, vamos adiante no anotar que o princípio da juridicidade não é só um somatório de legalidade mas e sobretudo reveste-se de legalidade e legitimidade quando denotado como costume ou procedimentos não normatizados.

É, portanto um novo supraprincípio alicerçado na proposta do neoconstitucionalismo ou do pós-positivismo, busca garantir direitos fundamentais do cidadão assim como deveres explícitos e implícitos da administração pública para com os seus administrados ou com ele mesma em suas ações costumeiras.

Em primeiro lugar, há que se notar que a juridicidade possui um reflexo importantíssimo, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais, já que, apesar de não existir uma hierarquia entre as normas constitucionais, é indubitável que aqueles possuem uma primazia axiológica com relação às demais normas da Lei Maior.

Os novos encargos assumidos pelo Estado determinam o crescimento de seu aparelho administrativo, fazendo aumentar, consideravelmente, a responsabilidade dos agentes públicos.

Nesta proposta, o supraprincípio da juridicidade representaria um macro sistema de alguns princípios da Administração Pública e especificamente estariam sob sua abrangência os princípios constitucionais dispostos no Art. 37 § 4º da CF/88 que são, o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, tornando estes princípios, espécies do supraprincípio da juridicidade.

Em virtude do princípio do Estado de Direito e de sua eficácia de ordenação dos elementos que o compõem, é possível permitir a atuação do administrador independentemente de lei que regulamente o direito à saúde – *e. g.*, para normatizar uma política de concessão de medicamentos ainda que não haja lei definidora de tal política, até que sobrevenha diploma legal dispondo sobre a dita concessão⁴⁵⁴

O supraprincípio da juridicidade atem-se a nova ordem de subordinação

⁴⁵³ *Ibidem.* p. 85

⁴⁵⁴ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Artigo: *Neoconstitucionalismo e legalidade administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais*. Disponível em: download.rj.gov.br/rev630309NeoconstitucionalismoPrincipiolleg. Acesso em: 26.12.2012.

da administração pública ao direito no atual Estado Democrático de direito ou tão-somente o Estado social. As mudanças operadas na segunda metade do século XX, já antes referidas — alteração do sentido e do conceito material de lei; alargamento do domínio juridicamente relevante; desenvolvimento exponencial das esferas de actuação administrativa — têm como consequência a *ampliação* e a *diversificação* das relações entre a Administração e o Direito, gerando um novo paradigma⁴⁵⁵.

A compreensão ora proposta de juridicidade permite que se tracem alguns desdobramentos possíveis que exsurtem a partir da concepção trabalhada. Assim, serão explicitadas possíveis consequências do fenômeno da juridicidade, pois, evidentemente, não seria possível sequer almejar-se exaurir a matéria, a qual é inesgotável.

A partir da noção de juridicidade apontada, verifica-se a possibilidade de juridificação de fatos não formalizados, isto é, a atribuição de axiologia jurídica a fatos que, *a priori*, não poderiam ser reconhecidos juridicamente. Em outras palavras, é dizer que a juridicidade pode conferir relevância jurídica à mera existência fática de determinadas situações, algo inimaginável sob o prisma legalista/positivista.

Nesse sentido o supraprincípio da juridicidade contempla não só as normas positivas mas, sobretudo, o costume administrativo, as praxes, práticas e usos administrativos e o precedente administrativo⁴⁵⁶.

Tais fatos, praticados pela própria Administração, têm o poder de “subverter” a legalidade e a dicotomia entre validade e invalidade, pois mesmo não sendo tais atos formais sob a perspectiva estrita da legalidade (razão pela qual seriam ilícitos e inválidos pelo paradigma da legalidade), são merecedores de consideração pela simples existência, a qual é capaz de lhes conferir validade jurídica, a despeito da ilegalidade formal.

Ressalte-se, ainda, que o reconhecimento de tais atos ou precedentes da Administração tem força jurídica para normatizar ou até mesmo vincular a própria Administração, que não poderá alegar a ilegalidade da sua própria conduta, salvo, evidentemente, as hipóteses em que houver argumentos – de interesse público - suficientes para desconsideração de tal situação, à luz de uma análise sistemática.

Tal compreensão tem por fundamento, no direito brasileiro as ações discricionárias do administrador público que devem pautar-se nos princípios da juridicidade pública.

REFERÊNCIAS

BINENBOJN, Gustavo. Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

⁴⁵⁵ www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DA_I.pdf. Acessado em: 26.12.2012.

⁴⁵⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1084.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006

MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas 2010.

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramon Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 2. ed., Madrid, Editora Civitas, 1978

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus. 2011.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2009

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública, 1. ed., São Paulo: Dialética, 1999

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011

PESTANA, Marcio. Direito Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus. 2012.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. 27. ed. 11 tiragem. São Paulo: Saraiva. 2012

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Artigo: Neoconstitucionalismo e Legalidade Administrativa: A Juridicidade Administrativa e Sua Relação com os Direitos Fundamentais*. Disponível em: download.rj.gov.br/.../rev630309NeoconstitucionalismoPrincipiolleg. Acessado em: 26.12.2012

SERRANO. Pablo Jiménez. Teoria dos Direitos Humanos. São Paulo: Rumo Gráfica Editora. UNIBAN. 2010

SITES

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>. Acessado em: 25.10.2012.

www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DA_I.pdf. Acessado em: 26.12.2012.



PARTE ESPECIAL
Special Part





PODER JUDICIÁRIO
Judiciary



A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA⁴⁵⁷*Reforming the judiciary and the principle of efficiency***CLEITON DE CAMPOS**

Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) – Área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade – Linha de Pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UNINOVE. Graduação em Direito pela UNINOVE. Servidor Público Estadual. E-mail: cleitondecampos@yahoo.com.br.

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, Coordenadora e Professora do Curso de Direito e do mestrado em Direito da UNINOVE, membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio/FECOMERCIO/SP e do Conselho Superior de Estudos Avançados da FIESP. Advogada. Membro da Comissão de Reforma Política da OAB/SP. E-mail: samanthameyer@uol.com.br.

RESUMO

Dentre as várias alterações levadas a efeito pela reforma administrativa, destaca-se a introdução no rol dos princípios que regem a administração pública do princípio da eficiência. Nesse sentido analisa-se em toda sua extensão a finalidade, abrangência e aplicabilidade do princípio da eficiência na administração pública. De outra parte, a Emenda à Constituição n. 45/04, que levou a efeito a Reforma do Poder Judiciário, introduziu o direito fundamental a razoável duração do processo, bem como diversas modificações com a finalidade a garantir esse direito e por fim a crise numérica de processos no Poder Judiciário. Foi criado o Conselho Nacional de Justiça para fiscalizar a atuação administrativa e disciplinar do Poder Judiciário com o objetivo de melhorar a administração da justiça. O presente artigo tem por finalidade precípua examinar o princípio da eficiência e a reforma do Poder Judiciário, tendo em vista a sua aplicação na administração da justiça. Busca-se verificar se a Reforma do Poder Judiciário propiciou uma maior aplicação do princípio da eficiência na administração da justiça e via de consequência a garantia de uma razoável duração do processo. A metodologia utilizada é a dedutiva, com fundamento na pesquisa doutrinária e documental.

⁴⁵⁷ Este trabalho é fruto das discussões levadas a efeito no Grupo de Pesquisa “Reforma e Inovação do Poder Judiciário” /CNPQ do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, sob a liderança das Professoras Doutoras Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Monica Bonetti Couto.

PALAVRAS-CHAVE: REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.

ABSTRACT

Among the various amendments carried out by the administrative reform, the introduction stands out in the list of principles governing the administration of the principle of efficiency. Accordingly is analyzed in its full extent the purpose, scope and applicability of the principle of efficiency in public administration. On the other hand, the Constitutional Amendment n. 45/04, which carried out the reform of the Judiciary, introduced the fundamental right to a reasonable duration of the process, as well as several changes in order to ensure that law and order crisis numerical processes in the judiciary. Created the National Council of Justice to oversee the administrative and disciplinary action of the judiciary in order to improve the administration of justice. This article has the primary aim of examining the principle of efficiency and reform of the judiciary, with a view to their application in the administration of justice. Seeks to ascertain whether the Reform of the Judiciary provided a wider application of the principle of efficiency in the administration of justice and way of consequence the guarantee of a reasonable length of proceedings. The methodology used is deductive, based on research and doctrinal documents.

KEYWORDS: REFORM OF THE JUDICIARY. PRINCIPLE OF EFFICIENCY. ADMINISTRATION OF JUSTICE.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O princípio da eficiência na administração pública. 2. A crise numerica do poder judiciário. 3. A reforma do poder judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 denominada de Constituição Cidadã tratou de maneira detalhada da administração pública. Em seu artigo 37 estabeleceu expressamente os princípios que regem a Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A Reforma Administrativa levada a efeito pela Emenda à Constituição n. 19/98 dentre as várias modificações realizadas no Texto Constitucional introduziu o princípio da eficiência no rol dos princípios que regem a Administração Pública.

Buscou-se assim um modelo de administração mais gerencial com vistas

a prestigiar a eficiência na atividade da Administração, sem, contudo descurar da qualidade da atividade prestada.

O Poder Judiciário no exercício de sua atividade também se submete a tal princípio, no entanto, o excessivo número de processos e a morosidade da prestação jurisdicional acabam por dificultar a observância integral desse princípio na administração da justiça.

A Emenda à Constituição n. 45/04, que teve por escopo realizar a Reforma do Poder Judiciário, levou a efeito significativas alterações no Texto Constitucional, como a introdução da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a sumula vinculante, a criação do Conselho Nacional de Justiça e do direito fundamental à razoável duração do processo.

A Reforma do Poder Judiciário teve por objetivo precípuo criar mecanismos para por fim a crise numérica de processos no Poder Judiciário e melhorar a administração da justiça.

Nesse sentido, cumpre analisar detidamente em que medida a reforma do Poder Judiciário propiciou uma maior aplicabilidade do princípio da eficiência na administração da justiça e por consequência a garantia do direito à razoável duração do processo.

1. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição pode ser compreendida como um sistema aberto de regras e princípios. Os princípios veiculam valores e são abrangentes e genéricos. Ao contrário das meras regras os princípios, em virtude do seu alto grau de abstração e generalidade não possuem este aspecto funcional, qual seja, o de incidir diretamente sobre as situações que objetivam regular.

É dizer, os princípios têm por traço característico o fato de abarcarem inúmeras situações. São por natureza genéricos e abstratos.⁴⁵⁸ Já as regras incidem diretamente sobre a matéria que regulam. Note-se que tendo em vista o alto grau de abstração dos princípios, estes acabam por requerer medidas de concentração para serem aplicados ao caso concreto.⁴⁵⁹ Já com as regras isso não ocorre, pois elas incidem diretamente na situação concreta.

Há que se notar que ao passo em que os princípios perdem no tocante à precisão de seu conteúdo, ou seja, perdem em densidade semântica, ganham em termos de abstração e generalidade o que lhes permite abarcar uma área muito mais ampla do que as meras regras. Tem-se, pois, que o que os princípios perdem em carga normativa ganham em carga valorativa o que lhes permite irradiar-se sobre todas as

⁴⁵⁸ Cf. BARROSO, Roberto Luís. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁴⁵⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 70.

outras normas jurídicas. Os princípios permeiam todo o texto normativo conferindo harmonia, unidade e dinamismo ao mesmo.

Ao contrário das normas/regras os princípios não geram direitos subjetivos. De outra parte eles desempenham relevantes funções dentro do Texto Constitucional, tais como, a de conferir unidade e harmonia à Constituição e determinar as suas diretrizes fundamentais. Tratam-se das vigas mestras do Texto Constitucional. Segundo Celso Ribeiro Bastos:

Princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou se se preferir, o verdadeiro alicerce dele. Trata-se de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. O princípio, ao definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, acaba por lhe conferir a tônica e lhe dar sentido harmônico.

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é mais do que isto: é conjunto significativo, é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse conjunto, essa unidade, esse valor projetam-se ou traduzem-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos, como bem preleciona o mestre português Jorge Miranda.⁴⁶⁰

A Constituição Federal de 1988 ao tratar da administração pública é enfática ao estabelecer no *caput* do art. 37 os princípios que devem fundamentar toda a atuação da administração pública. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A introdução da eficiência no rol dos princípios que regem a administração pública representou uma significativa mudança na atividade da administração, na medida em que agora deve pautar sua atuação na estrita observância desse princípio.

O dever da eficiência ou da boa administração foi introduzido no *caput* do artigo 37 do Texto Constitucional pela Emenda Constitucional n. 19/98, denominada de Reforma administrativa, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também ao seguinte:

O princípio da eficiência deve ser seguido pela Administração Pública direta e indireta dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municí-

⁴⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 22. ed., 2010, p. 58.

pios, portanto, incluem-se aqui os três poderes da República.

Sobre a incidência do princípio da eficiência na atividade da administração ensina Diógenes Gasparini que o desempenho da atividade administrativa deve ser rápido e oferecido de maneira que consiga satisfazer os interesses dos administrados e também da coletividade. Nesse sentido, assevera o referido autor que “nada justifica qualquer procrastinação.”⁴⁶¹

Destaca-se, portanto, a necessidade de se propiciar a satisfação dos interesses dos administrados e da coletividade. Em outras palavras, o princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro devido aos anseios da sociedade que necessita de uma administração pública eficiente na prestação de sua atividade.

Depreende-se que a reforma administrativa deu especial ênfase no modelo gerencial prevalecente da década de noventa. Nesse contexto, interessante salientar que se denominou essa década de “Fernandécada” em virtude de englobar os governos dos presidentes Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso.

Como visto no entendimento de Diógenes Gasparini o servidor público deve pautar-se pela rapidez para oferecer o resultado que os usuários necessitam, sem, contudo descurar da sua qualidade. Desta forma, não coaduna com o princípio da eficiência a lentidão na prestação do serviço público.⁴⁶²

Para Celso Antônio Bandeira de Melo o princípio da eficiência é denominado como o princípio da boa administração, uma vez que se encaixa de modo perfeito àquilo que se quer entender por eficiência.⁴⁶³ Por sua vez Hely Lopes Meirelles enfatiza que a função administrativa exige resultados positivos para o serviço público.⁴⁶⁴

Destarte, Odete Medauar preleciona que a eficiência impõe a Administração Pública o dever de agir, de forma rápida e precisa, com o objetivo de produzir resultados que venham satisfazer as necessidades da população.⁴⁶⁵ Nesse sentido, tem-se que a negligência, omissão e o descaso são atitudes que não se coadunam de forma alguma com o princípio da eficiência.

Outrossim, há que se levar em conta que a aplicação do princípio da eficiência deve dar-se em plena conformidade com os demais princípios que regem a administração pública.

Em síntese, tem-se que o princípio da eficiência compreende tanto o modo de atuação do agente público, bem como a maneira de organizar, disciplinar e estru-

⁴⁶¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p.76.

⁴⁶² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p.76.

⁴⁶³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

⁴⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.89.

⁴⁶⁵ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 152.

turar a administração pública sempre com o objetivo de atingir os melhores resultados na prestação de serviço público.

2. A CRISE NUMERICA DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição de 1988 conferiu especial destaque ao Poder Judiciário. Contemplou em seu texto uma série de garantias aos magistrados tornando o Poder Judiciário mais autônomo e o constituindo em um verdadeiro poder político.

O Texto Constitucional ampliou também a atuação do Ministério Público, como órgão essencial à justiça e dotado de autonomia (funcional, administrativa e financeira) para evitar a sua subordinação aos demais órgãos estatais. Foram outorgadas garantias tanto ao organismo como aos seus membros individualmente considerados.

De igual modo houve a criação da Defensoria e da Advocacia Pública que contribuiu sobremaneira para uma melhora na atuação do Poder Judiciário, vez que o este só atua quando provocado. A Constituição de 1988, sem duvida nenhuma ampliou o acesso à justiça, ao passo que dotou de maior estrutura as funções essenciais à justiça, quais seja, advocacia, ministério público e defensoria publica.

Nesse contexto, tem-se que questões que antes não eram submetidas aos juízes passaram a sê-lo, na medida em que foram criados e desenvolvidos órgãos para exercer esses direitos e suscitar a controvérsia no âmbito judicial.

De outra parte a Constituição adentrou em matérias políticas, na medida em que contemplou diversos temas que seriam melhores tratados em nível infraconstitucional, como a matéria eleitoral. Também se constitucionalizou uma série de direitos, transformando assim eventuais violações ao seu conteúdo em matéria judicial.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, vale frisar que o Brasil adota o sistema misto, ou seja, contempla tanto o difuso (no qual qualquer juiz pode afastar a incidência de uma lei que entenda inconstitucional) e o concentrado (no qual o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei em abstrato com efeito *erga omnes*) ampliou-se o rol de legitimados para a propositura de ações diretas no Supremo Tribunal Federal.

Antes do advento da Constituição Cidadã o único que possuía legitimidade para propor uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal era o Procurador Geral da República. Atualmente, conforme disposto no art. 103 da Constituição, são legitimados: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados; os governadores dos Estados e do Distrito Federal, bem como as Assembleias Legislativas estaduais e a Câmara Legislativa do Distrito Federal; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Ao aumentar rol de legitimados possibilitou-se que

mais questões fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Soma-se a isso o fato de serem criadas: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), essa última com caráter residual que permitiu a análise de situações que segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal não eram passíveis de serem apreciadas, como a análise da inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição de 1988, de ato normativo revogado e de leis municipais.

Verifica-se, pois um processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, reforçando o vínculo existente entre Política e Direito. Tal relação é mais evidente no Texto Constitucional que além de ser uma norma jurídica trata de matéria política, sendo na definição de Canotilho “o estatuto jurídico do político”⁴⁶⁶. Tal fato pressupõe uma democracia mais judicializada, é dizer, que encontra no Poder Judiciário a sua força regulatória.

De outra parte, ainda que o Poder Judiciário desempenhe esse papel mais ativo, há que se considerar que possui as suas limitações, visto que só pode atuar quando provocado.

Essas circunstâncias aliadas à formação do bacharel em direito que é uma formação que privilegia o contencioso e não a conciliação, bem como a falta de uma melhor estrutura do Poder Judiciário e de servidores públicos em numero suficiente para atender as demandas resultou em uma crise no sistema.

Importante destacar que a cultura jurídica que impera até os dias atuais não é a cultura da conciliação, mas sim do litígio. Nesse particular, assevera José Renato Nalini que a advocacia está influenciada por uma educação jurídica ultrapassada que é profundamente voltada para a prática do incentivo ao modo contencioso de resolução de conflitos. Tem-se, deste modo, que os órgãos que compõem as funções essenciais à justiça (advocacia, ministério público e defensoria pública) estão mais interessados em resolver as demandas via judiciário, do que preocupados em tentar solucionar os problemas por vias alternativas, como a conciliação e a mediação.⁴⁶⁷

Cumprir registrar que o excessivo número de processos em tramitação na Justiça, que deu azo a uma verdadeira crise numérica de demandas no Poder Judiciário, não é um fenômeno isolado do Brasil. Pelo contrário, a maioria dos países se vê as voltas com o problema da “crise numérica do Poder Judiciário.”

Verifica-se no Brasil de um lado um aumento nas demandas judiciais e de outro uma estrutura do Poder Judiciário que não se desenvolve na mesma proporção. Essa circunstância acarreta inevitavelmente em um acúmulo de processos o que implicará num aumento da morosidade da justiça.

⁴⁶⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 340.

⁴⁶⁷ NALINI, José Renato. *Há esperança de justiça eficiente?* In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.) *Justiça e [o paradigma da] eficiência*. Coleção Justiça, Empresa e sustentabilidade. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120 .

Essa crise numérica do Poder Judiciário compromete sobremaneira a prestação jurisdicional e de certo modo entra em conflito com o princípio da eficiência que deve pautar a atuação da administração pública.

3. A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

A Emenda à Constituição n.º 45/04, conhecida como Reforma do Judiciário, introduziu significativas modificações no Texto Constitucional. Ela teve como escopo precípua propiciar uma administração da justiça mais eficiente, com vistas a garantir o acesso à justiça e a razoável duração do processo. Em síntese objetivou obter uma maior celeridade processual e eficiência na atividade jurisdicional.

Dentre as várias alterações trazidas pela Reforma do Poder Judiciário, destacam-se a criação do Conselho Nacional de Justiça, a ampliação dos legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, a consagração do efeito vinculante para a ação direta de inconstitucionalidade, o direito à razoável duração do processo como direito fundamental, a criação da sumula vinculante e do requisito da repercussão geral para a admissão do Recurso Extraordinário.

O Conselho Nacional de Justiça é órgão integrante do Poder Judiciário, conforme dispõe expressamente o art. 92, inc. II-A do Texto Constitucional. Tem sede na capital federal é composto por quinze membros, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. Ele tem uma composição híbrida, com integrantes do Poder Judiciário, de membros do ministério público, da ordem dos advogados do Brasil e dois cidadãos comuns. No entanto, se verifica que dentre os membros do Poder Judiciário, há membros da justiça federal e da estadual, de primeira e segunda instância e da justiça do trabalho, restando excluída a justiça militar tanto de primeira, como de segunda instância. O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. É de competência do Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.⁴⁶⁸ Referido Conselho tem por finalidade precípua propiciar uma melhor administração da justiça pautada na observância do princípio da eficiência.

A Reforma do Poder Judiciário também levou a efeitos mudanças no sistema de controle de constitucionalidade pátrio, com a finalidade de reduzir o número de processos em tramitação. No tocante ao controle difuso de constitucionalidade destacam-se a criação da sumula vinculante e da repercussão geral como instrumentos aptos a conter a crise numérica de processos no Poder Judiciário.

A finalidade da repercussão geral como requisito de admissibilidade do

⁴⁶⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP. 5. ed., 2010, p. 1136.

recurso extraordinário não é outra senão a de diminuir o julgamento de casos repetitivos no Supremo Tribunal Federal. A Lei n. 11.418/06 que regulamenta a repercussão geral estabelece que para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Deste modo visa a garantir igualmente a razoável duração do processo prevista no art.5º do Texto Constitucional.

No tocante a sumula vinculante, pode o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões em matéria constitucional, de ofício ou por provocação, com o quorum de dois terços de seus membros editar súmula vinculante. O efeito vinculante atinge todo o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal. O efeito vinculante ocorre a partir da publicação da decisão judicial na imprensa oficial.

A súmula vinculante permitiu que questões que ficavam afetas apenas ao Poder Judiciário ganhassem maior relevo e repercussão no ordenamento jurídico. Trata-se de um eficaz instrumento no combate à sobrecarga de trabalho repetitivo no Supremo Tribunal Federal, na medida em que fixa uma determinada interpretação e vincula o Poder Judiciário e o Poder Executivo, sem ocasionar, contudo, um engessamento do Poder Judiciário.

Destarte, a Emenda à Constituição n. 45/04 incluiu no rol de direitos individuais constantes do art. 5º, o inc. LXXVIII, a garantia a todos, no âmbito judicial e administrativo da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. De igual modo, inseriu no inc. II do art. 93 que trata do Estatuto da Magistratura a alínea “e” que dispõe sobre a impossibilidade de se promover o juiz que, injustificadamente, retiver os autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão. Tais medidas visam a conferir eficiência à atividade jurisdicional.

Não há negar-se que a Reforma do Poder Judiciário levou a efeito significativas mudanças tanto na administração da justiça, como no processo judicial com vistas a garantir uma justiça mais eficiente e garantir a razoável duração do processo.

No entanto, essas medidas não são suficientes para por fim a essa crise. Nesse sentido, necessário se faz analisar possíveis alternativas com vistas a garantir uma justiça eficiente. A necessidade de um aumento dos servidores públicos no Poder Judiciário se faz imprescindível, no entanto, a questão não é fácil, pois envolve matéria orçamentária.

A mudança da formação do profissional se faz urgente. É imprescindível mudar o perfil do profissional do direito de um perfil litigioso para um perfil conciliador. Deve-se no ensino jurídico, enfatizar os métodos alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação, arbitragem e mediação.

A advocacia não pode se limitar ao litígio, deve-se dar especial atenção as soluções alternativas de conflitos. A prestação jurisdicional poderá ser mais eficiente

se possuir maior aporte orçamentário, bem como assistência jurídica mais adequada aos necessitados. O Poder Judiciário deve repensar os seus meios de atuação que visam tornar a justiça mais eficiente.

CONCLUSÃO

A inclusão do princípio da eficiência no rol dos princípios que regem a administração pública representou indubitavelmente um avanço na presteza e qualidade da atividade administrativa, principalmente dos serviços públicos.

O princípio da eficiência se aplica a toda administração pública direta e indireta, portanto aplica-se também ao Poder Judiciário. No entanto, o Poder Judiciário se encontra às vezes com uma crise numérica decorrente do acúmulo de processos em tramitação na justiça, que acarretam uma morosidade da justiça.

Nesse sentido, não é tarefa das mais fáceis conciliar a prestação da atividade jurisdicional com o princípio da eficiência. Com vistas a superar esse impasse, foi levada a efeito a Reforma do Poder Judiciário que buscou dentre outros aspectos conferir maior eficiência à administração da justiça e à atividade jurisdicional. Para tanto criou o Conselho Nacional de Justiça para zelar pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, o direito fundamental à razoável duração do processo, a sumula vinculante e a repercussão geral.

Destarte, ainda se fazem necessárias outras medidas com vistas a conter a crise numérica de processos no Poder Judiciário, como uma mudança na formação dos bacharéis em direito, que atualmente é voltada apenas para o litígio e não para formas alternativas de solução de controvérsias, como mediação, arbitragem e conciliação.

De igual modo urge a necessidade de investimentos no Poder Judiciário com vistas a aumentar o número de servidores, para que se possa alcançar um serviço público eficiente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Roberto Luís. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 22. ed., 2010. Atualizada por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Malheiros. 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do século XXI*. Direito Administrativo em Debate. Rio de Janeiro, setembro, 2008, Disponível na internet no endereço: <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>. Acessado em: 30.08.2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP.. 5. ed., 2010.

NALINI, José Renato. *Há esperança de justiça eficiente?* in SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.) *Justiça e [o paradigma da] eficiência*. Coleção Justiça, Empresa e sustentabilidade. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

2

A CONTRIBUIÇÃO DO CNJ PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

The CNJ contribution to the implementation of human dignity in the context of the judiciary performance

DÉBORAH LEITE DA SILVA

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2004) e pós-graduação (*lato sensu*) em Direito Processual Civil também pela Universidade Federal de Campina Grande (2005). É professora efetiva da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN (desde julho de 2006), tendo assumido, também nessa instituição, a Coordenação do Núcleo de Prática Jurídica (desde fevereiro de 2009). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: deborahleitedasilva@yahoo.com.br.

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1987), mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (1999) e doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (2006). Exerceu a função de membro do Conselho Nacional de Justiça (2009-2011), após o que retornou ao exercício da Titularidade da 2ª Vara Federal - Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, sendo também, atualmente, Juiz Corregedor da Penitenciária Federal em Mossoró. É professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, para o biênio 2013/2014. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: direito processual penal, processo eletrônico e plano de gestão do judiciário. E-mail: waltersilva16@gmail.com.

RECEBIDO EM: 01.08.2013

APROVADO EM: 29.08.2013

RESUMO

A atual conjuntura que permeia a criação e manutenção de institutos com vistas à consecução de interesses sociais deve levar em consideração, sobretudo, a viabilização dos interesses mais relevantes inerentes à pessoa humana, dos quais não poderá o indivíduo ser privado sem que isso implique em patente violação a todo um arcabouço principiológico-constitucional que o tutela. Nesse sentido, a dignidade

da pessoa humana foi elevada à categoria de princípio-norte em muitos países, não apenas sob o viés interpretativo, mas também em relação à imposição de limites e à atribuição de responsabilidade aos poderes constituídos. É de se ressaltar que a viabilização do princípio referido se dá, em regra, pelo viés dos direitos fundamentais, e tem como um de seus desdobramentos a igualdade, sobretudo no seu aspecto substancial. Contudo, nem sempre se vislumbra o respeito ao ser humano quando da atuação estatal, o que também se dá no contexto do exercício da função jurisdicional, quando o próprio acesso à justiça é negado a quem necessita recorrer ao Judiciário, bem como o excesso de formalismo e as próprias dificuldades estruturais acabam retardando a entrega da prestação jurisdicional. Tal ordem de coisas consiste em transgressão flagrante à dignidade humana. O presente artigo possui como objeto a discussão da efetivação da dignidade humana e da igualdade material no contexto processual, para tanto analisando as inovações impulsionadas pela necessidade de dar concretude a tão relevantes princípios no contexto da realidade brasileira, dentre as quais se destaca a criação, levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle externo do Poder Judiciário e de cunho administrativo-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IGUALDADE SUBSTANCIAL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

ABSTRACT

The present conjuncture that pervades the creation and maintenance of institutions that aim social interests must consider, overall, to make feasible the most relevant interests inherent to human being, which individuals cannot be deprived of or it will imply a violation of constitutional structure that supports them. In such sense, human being dignity has been raised up to a status of key-principle in several countries, not only by an interpretative view, but also as an imposition of boundaries and to the attribution of responsibilities to constituted powers. It must be stressed out that such principle is made feasible by fundamental rights bias, and has as one of its foldings equality, specially in its substantial aspect. However, not always envisions human respect when state action, which also occurs in the context of the exercise of the judicial function, when the proper access to justice is denied to those who need to turn to the courts, as well as excessive formalism and the very end structural difficulties delaying the delivery of judicial services. This order consists of things is blatant transgression of human dignity. The present article aims to discuss on how to turn effective human dignity and material equality in the law sue context, both analyzing innovations propelled by the necessity to fulfill such relevant principles in the Brazilian reality context, among which we stress the creation of the Conselho Nacional de Justiça, made real by the Constitutional amendment n. 45/2004, an Judiciary power external control organism with both administrative and constitutional aims.

KEYWORDS: DIGNITY OF THE HUMAN PERSON. SUBSTANTIVE EQUALITY. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

SUMÁRIO: 1. Da dignidade da pessoa humana. 2. Princípio da igualdade. 3. O processo como corolário dos direitos fundamentais. 3.1. Dos óbices ao direito fundamental de acesso à justiça. 3.2. Das “ondas” de acesso à justiça. 3.3 Dos instrumentos viabilizadores da concretização do acesso à justiça. 4. O Conselho Nacional de Justiça como instrumento viabilizador da dignidade da pessoa humana. 4.1. Da caracterização do Conselho Nacional de Justiça. 4.2. Dados estatísticos que corroboram a imprescindibilidade da atuação do CNJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É inegável que os direitos inerentes ao ser humano inspiram o estabelecimento das relações jurídicas, tenham estas caráter público ou privado, fazendo surgir obrigações de cunho positivo ou negativo.

Há de se destacar que o atual *status* de que gozam os direitos acima referidos foi possível a partir de uma reformulação da maneira como o indivíduo é visto no contexto social onde se encontra inserto, resultando, no período pós-guerra, na concepção antropocêntrica e evoluindo para uma concepção mais coletiva, onde o ser humano, apesar de respeitado quanto à sua individualidade, passou a ser concebido como engrenagem de uma grande máquina, a sociedade.

Nesse contexto, uma série de direitos que antes lhe eram negados passaram não apenas a ser considerados, mas a inspirar os ordenamentos jurídicos internos de diversos países, bem como instrumentos normativos de caráter internacional, a exemplo dos tratados.

De fato, por não exigirem o preenchimento de qualquer outro requisito que não a condição de ser humano, a sua titularidade é universal, e, embora alguns ordenamentos insistam em negá-los, a sua transgressão deve implicar em severa responsabilização, inclusive a nível internacional, o que teria o condão de possibilitar a relativização da soberania estatal.

Ressalte-se que um dos principais desdobramentos dos direitos humanos é o princípio da igualdade. No entanto, não é suficiente que essa igualdade seja meramente formal, ou seja, tão somente prevista ou tutelada normativamente pelos ordenamentos jurídicos dos países. Para que possa instrumentalizar a consecução da dignidade humana, a igualdade deve ser concebida no seu aspecto substancial, tornando possível o tratamento diferenciado em um contexto em que os sujeitos estão

em posições não isonômicas e, desse modo, garantindo paridade de oportunidades.

O princípio da isonomia tem aplicabilidade ampla e deve ser invocado sempre que a efetivação de regras abstratas e alheias a uma análise mais aprofundada da realidade que visa tutelar o exija. Não se trata, como inicialmente se poderia imaginar, de atribuir vantagens desarrazoadas a um dos sujeitos envolvidos na relação, entregando-lhe, por esse meio, o direito que pleiteia, mas de permitir que disponha das mesmas ferramentas atribuídas ao seu opositor para lutar pelo que acredita lhe pertencer.

No âmbito processual não há como se afastar a aplicabilidade do princípio da isonomia no seu viés substancial. Até porque, por ser o processo instrumento viabilizador do reconhecimento de direitos, e a decisão dele oriunda passível de exigibilidade coercitiva, a todos deve ser dada igual oportunidade de utilização do instrumental processual e, desse modo, de convencimento do magistrado.

Contudo, percebe-se que a dignidade da pessoa humana nem sempre é respeitada quando da atuação estatal, inclusive ao exercera função jurisdicional, o que se torna muito claro no momento em que as partes necessitadas de recorrer ao Judiciário não conseguem efetivamente ter acesso ao mesmo ou, ainda que transponham uma série de obstáculos, dentre eles econômicos, educacionais e burocráticos, não recebem de forma tempestiva a prestação jurisdicional. Tal ordem de coisas, indubitavelmente, viola a sua dignidade, na medida em que as impede de manejar adequadamente o instrumental processual a fim de que os bens dos quais são titulares possam ser resguardados, em um contexto em que elas estarão obrigadas a recorrer a tal Poder estatal quando não conseguiram obter, de forma consensual ou extrajudicialmente, aquilo que almejam.

Nesse sentido, há se destacar que algumas medidas já foram adotadas, a exemplo da isenção de custas para os que se declararem pobres; a implementação das Defensorias Públicas e dos Juizados Especiais; a instituição de ações coletivas e de regramentos específicos para categorias reconhecidamente vulneráveis, a exemplo do consumidor e trabalhador.

Acrescente-se, ainda, as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sobretudo ao viabilizar a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa, vinculado ao Poder Judiciário e que tem contribuído consideravelmente para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional estatal, a partir de uma atuação estratégica, que se materializa no estabelecimento de metas, na padronização de procedimentos, bem como no reforço da responsabilização disciplinar dos magistrados, na medida em que tem a competência concorrente com as corregedorias para agir nessa seara.

Ressalte-se, no entanto, que os mecanismos acima elencados não são considerados suficientes para a solução de tão intrincada problemática, até porque a isenção de custas resta inócua diante da falta de conscientização dos titulares de direitos em relação às ferramentas que podem manejar para viabilizá-los. Outrossim, as De-

fensorias Públicas ainda padecem de efetiva implementação na maioria dos estados brasileiros e a atuação do CNJ, apesar de expressiva, contribuirá, mais a longo prazo, para uma reestruturação do Judiciário.

Diante do contexto acima apresentado, a discussão acerca da concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito processual é não apenas relevante, mas, sobretudo, atual, razão pela qual é objeto do presente artigo.

1. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A expressão Dignidade da Pessoa Humana, sob o aspecto etimológico, deriva do latim *dignus*, significando “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante” (MORAES, 2003, p. 112).

Apesar da dificuldade de se buscar a definição de dignidade humana, considerando-se que, muitas vezes, esse termo está atrelado a aspectos de ordem moral, há de se considerar que as atuais Constituições de muitos países a elegeram como princípio informativo e elemento viabilizador da concretização de outros relevantíssimos direitos, tais como a igualdade e a liberdade.

Ressalte-se que a realidade acima narrada se consolidou a partir do pós-guerra, como uma necessidade de superação das consequências deixadas por um período de explícita violação aos direitos mais basilares do ser humano. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada, influenciando os ordenamentos constitucionais de diversos países, que, a exemplo de Portugal, passaram a mencionar, de forma expressa, a necessária proteção à Dignidade da Pessoa Humana (NOVAIS, 2011, p. 51).

Sob o aspecto jurídico, o princípio ora em análise serve não apenas de parâmetro interpretativo dos direitos fundamentais, mas como elemento definidor dos limites de atuação do Estado em relação ao indivíduo, o que o obriga a não apenas obedecê-lo, mas a viabilizar a sua proteção em face de terceiros.

Nesse contexto, percebe-se a existência de um movimento de colocação do ser humano, individualmente considerado, como elemento central, visão que pode ser atribuída ao cristianismo (MORAES, 2003, 112), cabendo ao Estado, ente formal, assegurar-lhe os direitos. Desse modo, de acordo com Novais, “[...] o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar dessas pessoas concretas” (NOVAIS, 2011, p. 52).

O ser humano passa, pois, a assumir uma posição de destinatário da proteção estatal, mas em igualdade de condições com todos os demais seres humanos, independentemente de raça, cor, religião ou qualquer fator vinculado a aspectos morais.

Outro aspecto a ser considerado em relação à Dignidade da Pessoa Humana é o seu valor imaterial, que, por decorrer da própria essência do seu titular, não

pode ser mensurado, quantificado; de outro modo, também não é passível de renúncia, alienação (GURGEL, 2010, p. 33). Nesse sentido, segundo Immanuel Kant, *apud* Ana Celina Bodin (2003, p. 115),

[...] no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Wurden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade.

Há de se considerar que a dignidade da pessoa humana também não resulta da criação artificial dos legisladores constituintes. Estes apenas concebem, elaboram, mecanismos protetivos dos direitos fundamentais vinculados a tal princípio, sendo que tal decorre do reconhecimento de que a pessoa humana tem direito a ter direitos (MORAES, 2003, p. 116).

Anotese que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no contexto atual, é instrumento não apenas de interpretação, mas possui inegável força normativa, sendo fonte de direitos subjetivos. Ademais, se o ser humano passa a assumir uma posição central, o seu bem-estar deve ser assegurado, sobretudo, por intermédio dos Direitos Fundamentais (GURGEL, 2010, p. 33).

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988, promulgada após o período da ditadura militar, consagrou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana no seu art. 1º, III, concebendo-o como um dos fundamentos da República. Desse modo, “[...] é na dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se” (MORAES, 2003, p. 117).

A Constituição vigente foi responsável pela irradiação do multicitado princípio para todo o ordenamento jurídico, o que implicou na desconstrução do conceito privatista dos direitos subjetivos, antes arraigados às normas do Código Civil.

Segundo Ana Celina Bodin de Moraes (2003, p. 119), a dignidade da pessoa humana, vista sob esse aspecto, tem supedâneo em quatro postulados:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Tais elementos decorrem dos princípios jurídicos da igualdade, integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. Nesse sentido, embora possam existir conflitos entre os direitos invocados pelos seus titulares, ao se fazer a ponderação, deve prevalecer aquele que estiver alicerçado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Conforme explicitado supra, a Dignidade da Pessoa Humana é princípio fundante do ordenamento constitucional brasileiro, servindo tanto como parâmetro interpretativo quanto como instrumento viabilizador dos direitos subjetivos a ele atrelados. Nesse contexto, há de se afirmar que a sua materialização, sobretudo por intermédio dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca, pela inegável relevância, o Princípio da Igualdade, possui, como uma de suas vertentes a vedação ao tratamento discriminatório.

Na visão de Maria Genia Garcia (2005, p. 19), o Princípio da Igualdade “[...] proíbe tratamentos diferenciados repousando não só sobre razões arbitrárias, porque insuficientes e desrazoáveis, mas ainda sobre razões contrárias à dignidade humana”.

Historicamente falando, o Princípio da Igualdade foi concebido como uma forma de se afastar privilégios, em um contexto em que as posições sociais eram definidas por questões familiares e patrimoniais. Nesse sentido, “Como comando jurídico inserido em uma Constituição formal, o Princípio da Igualdade aparece, expressamente, pela primeira vez nas Constituições americana, de 1787, e francesa, de 1793, dando início ao constitucionalismo moderno” (GURGEL, 2010, p. 37).

Contudo, a concepção de igualdade de todos perante a lei, reconhecida como igualdade formal ou jurídica (GURGEL, 2010, p. 40), foi-se demonstrando insuficiente, na medida em que desconsiderava as peculiaridades das situações em concreto, sendo inexequível para os excluídos socialmente. Desse modo, à igualdade formal associou-se a igualdade material ou substancial, cujo corolário é o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

Nesse cenário, o Estado assumiu uma postura ativa, garantindo não apenas o tratamento igualitário entre as pessoas, mas, a partir da intervenção nas relações privadas, assegurando que todas seriam concretamente tratadas de forma isonômica, merecendo destaque, por esta via, a atuação incisiva dos legisladores na medida em que passaram a se preocupar com a materialização da igualdade nos textos legais.

Outro aspecto a ser ventilado é a necessidade de o Estado contemporâneo, reconhecido como social e democrático, já que viabilizador dos direitos socialmente reconhecidos como relevantes, garantir a participação do povo na construção da igualdade, permitindo a inclusão das minorias nos debates, a possibilidade de todos exercerem o direito ao voto, bem como de assistirem a uma disputa eleitoral partidária em igualdade de condições.

Ressalte-se que a autorização do tratamento desigual, no sentido de viabilização da igualdade material, necessariamente deve estar pautada na anterior constatação de aspectos diferenciadores, sob pena de subversão do seu sentido e fim. Daí a necessidade de que seja exercido um controle em relação ao estabelecimento dos parâmetros.

Nesse sentido, entende Garcia (2005, p. 17) que:

[...] o princípio da igualdade, além de não ser neutro no momento em que se impõe ou veda certo tratamento jurídico, porquanto está, em si mesmo, [...], fundado num juízo valorativo – o juízo de igualdade – tão pouco é neutro no seu desenvolvimento, uma vez que exige uma justificação com determinados requisitos – desde logo de suficiência e de razoabilidade – para esse mesmo tratamento jurídico.

O Princípio da Igualdade deve estar atrelado ao seu aspecto negativo, ou seja, à proibição da discriminação, o que torna imprescindível a realização da distinção entre esta e o tratamento diferenciado (elemento basilar da igualdade material). Segundo Calmom de Passos, citado por Yara Gurgel (2010, p. 49): “Se trato desigualmente os iguais, discrimino. Se trato igualmente os desiguais, discrimino”.

Outrossim, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 126), buscando embasamento em Boaventura de Sousa Santos, ao tratar das tensões dos tempos atuais afirma: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferente quando a igualdade os descaracteriza”.

Depreende-se do que foi exposto que o Princípio da Igualdade, na sua vertente material, exige que o Estado, quer exerça a função Jurisdicional, Legislativa ou Executiva, viabilize o tratamento dos jurisdicionados de forma efetivamente isonômica, levando em consideração as suas especificidades, pois, apenas assim, poderá o mesmo promover a concretização dos direitos fundamentais e o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

3. O PROCESSO COMO COROLÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Hodiernamente, impõe-se evidente que o processo consiste em instrumento concretizador do desiderato jurisdicional do Estado, o qual tem a sua legitimidade condicionada à necessária vinculação entre o conteúdo das decisões proferidas e o conjunto de Direitos Fundamentais unguídos na Constituição da República (RAGONE, p. 43).

Vislumbra-se, pois, que a legitimação jurídica do processo e, por conseguinte, das decisões judiciais, decorre da sua capacidade em instrumentalizar os Direitos Fundamentais prometidos pela ordem jurídica, de maneira a conferir-lhes aquela especial medida de efetividade que, por si só, “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (BARROSO, 2000, p. 85).

Nesse sentido, constata-se que a adequada instrumentalização do poder jurisdicional não pode prescindir da prévia consecução de um processo estritamente

sintonizado, dentre outras, com a garantia basilar da ampla participação das partes, bem como de eventuais interessados, na gradual formação do convencimento do julgador.

Atente-se, neste sentido, que a viabilização de uma irrestrita acessibilidade a todas as partes na realização dos atos, potencial ou efetivamente, construtores *a posteriori* da coisa julgada, não importando quão imensa sejam as diferenças econômicas entre umas e outras (MIRANDA, 2001, p. 302), revela-se em premissa lógica à concretude do próprio direito fundamental à obtenção da tutela jurisdicional adequada (NERY JÚNIOR, p. 223).

Refletindo sobre a relevância da máxima participação dos cidadãos no processo decisório do Estado como garantia de efetivação, inclusive, dos mais primários direitos de liberdade civil, José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 543) assevera que:

O cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço real de liberdade e de efectiva autodeterminação.

Portanto, observada a necessária imbricação entre o processo e os Direitos Fundamentais, de forma que aquele estará despido de legitimidade se desenvolvido ao arrepio destes, imperioso é o reconhecimento de que, no âmbito processual, assim como ocorre no contexto do exercício das demais funções Estatais, a todos deverá ser atribuído tratamento isonômico, a fim de que tenham iguais oportunidades de manifestação, produção de provas e, por conseguinte, persuasão do julgador. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê, de forma expressa, os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), além de garantir que nenhuma lesão ou ameaça a direito serão afastados da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Contudo, à luz da necessária aplicação do conceito de igualdade material também no contexto processual, a simples previsão constitucional acerca da inafastabilidade do controle jurisdicional e do contraditório e ampla defesa não são suficientes para a garantia de um tratamento efetivamente isonômico entre as partes. Desse modo, “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” (BARCELLOS, 2002, p. 293).

Levando-se em consideração a existência de aspectos diferenciadores entre os sujeitos que invocam o Judiciário para a tutela dos seus direitos, as quais se estendem do seu grau de instrução à condição econômica, é preciso que mecanismos viabilizadores do equilíbrio sejam invocados, o que só pode ser obtido a partir do tratamento diferenciado.

Nesse sentido, Jorge Reis Novais (2011, p. 109), citando Dworkin, preleciona:

[...] a cláusula de igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito, ou seja, o princípio da igualdade não lhe garante o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual.

Tal não implica em beneficiar qualquer das partes no que tange ao direito que pleiteia, nem tampouco de relativizar a imparcialidade do julgador, mas de superar as diferenças, a fim de que seja dada a elas uma autêntica igualdade de chances.

3.1. DOS ÓBICES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A vigente Constituição Federal assegura o Direito Fundamental de Acesso à Justiça por meio da norma extraível, em particular, da interpretação combinada entre os incisos XXXV e LXXIV do seu art. 5^o⁴⁶⁹, cujo espírito, em resumo, aponta para a evidência de que “não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa” (CLEVE, 1993, pp. 50-51).

Reforçando esta teleologia normativo-constitucional, tem-se que o poder-dever do Estado em prover o mais irrestrito auxílio jurídico aos que comprovem insuficiência de recursos atualmente ostenta o *status* de direito-garantia fundamental, adquirindo, neste diapasão, eficácia normativa plena⁴⁷⁰.

Fixados estes pontos, emerge que o enfocado *animus* normativo não alcança, na esfera da realidade palpável, o grau de materialidade almejado, considerando-se, em especial, a notória existência de profundos abismos entre o cidadão lesado em seu patrimônio jurídico e a tutela jurisdicional que lhe é, em tese, destinada pelo ordenamento ora em vigor.

Dentre os inúmeros óbices à efetividade do direito de Acesso à Justiça, encontra-se a questão do consistente custo econômico exigível *a priori* para a instrumentalização de uma demanda judicial, destacando-se, neste cenário, os elevados va-

⁴⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5^o (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.BRASIL. *Constituição Federal*. Senado Federal, 1988. Acessado em: 07.03.2013.

⁴⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5^o, § 1^o - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.BRASIL. *Constituição Federal*. Senado Federal, 1988. Acessado em: 01.03.2013.

lores que são, costumeiramente, tabelados, atribuídos aos honorários advocatícios⁴⁷¹, bem como a potencial onerosidade do Princípio da Sucumbência Processual⁴⁷².

Contextualizando tais circunstâncias à luz das evocadas causas de menor complexidade, percebe-se um agravamento, ainda maior, dos obstáculos em análise, tendo em mente que, em muitas situações, o custo, ainda que apenas potencial, do processo poderá vir a exceder o *quantum* do próprio bem jurídico litigado (CAPELLETTI, 1988, p. 06), esvaziando, dessa forma, tanto o interesse do cidadão em reparar o seu direito violado quanto a utilidade substancial das correlatas tutelas jurídicas.

Acrescente-se que a rotineira morosidade do funcionamento do aparelho judiciário igualmente se mostra capaz de acentuar o ritmo das despesas e eventuais prejuízos processuais, “pressionando os economicamente fracos a abandonar as suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPELLETTI, 1988, p. 06) e, por esta via, fazendo surgir um *déficit* cada vez maior na credibilidade do ordenamento jurídico como um todo.

Ao lado disso, tem-se, ainda, que não apenas as condições econômicas desfavoráveis, mas, similarmente, a necessidade de esclarecimento hábil ao discernimento do valor e da dimensão dos próprios direitos, também se configura em grave restrição material à consecução do acesso à Justiça, impossibilitando-se, sob a ótica de tal hipossuficiência jurídico-econômica, a isonomia material, sem a qual o Judiciário se converte num instrumento a serviço do interesse casuístico de uma minoria.

Aprofundando o panorama dos óbices segregadores, de um lado, da sociedade e, de outro, do Judiciário e, por último, da própria Justiça, consta ainda a necessidade da concessão de um tratamento normativo reforçado aos direitos difusos, tais como o meio ambiente e os direitos consumeristas, pois, do contrário, os mesmos restariam carentes de qualquer tutela, interesse ou instrumentos aptos a defendê-los.

Nesse sentido, cumpre anotar que

[...]como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras de acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro (CAPELLETTI, 1988, p. 11).

Na concepção de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 293), a problemática relativa à efetividade do Acesso à Justiça impõe reflexões relevantes, as quais dizem respeito ao acesso sob o aspecto jurídico, o físico e relativo à pretensão de direito material.

⁴⁷¹ Analise-se, ilustrativamente, a Tabela de Honorários da OAB – SP. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/tabela-de-honorarios/>. Acessado em: 07.03.2013.

⁴⁷² Código de Processo Civil, arts. 19 e ss. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acessado em: 06.03.2013.

3.2. DAS “ONDAS” DE ACESSO À JUSTIÇA

Adentrando à análise dos mecanismos viabilizadores, no âmbito da hodierna conjuntura jurídico-normativa, da mais ampla e irrestrita acessibilidade, por meio do Poder Judiciário, aos Direitos Fundamentais e, por conseguinte, da Dignidade da Pessoa Humana a eles atrelada, descortina-se, a princípio, a pertinência do desenvolvimento teórico das “ondas” de acesso à Justiça, procedida pelo jurista italiano Mauro Cappelletti (1988, pp. 12-27).

A princípio, consta que a primeira das “ondas” jurídicas em realce objetivou aperfeiçoar a representatividade judicial dos cidadãos mais pobres economicamente, os quais não dispunham dos recursos necessários ao custeio dos serviços advocatícios merecidos por seus direitos carentes de tutela.

Neste panorama, vê-se que os múltiplos sistemas jurídicos do mundo Ocidental, tais como os de países como a Alemanha, a França e a Inglaterra foram gradualmente estabelecendo métodos de patrocínio público à assistência advocatícia buscada por cidadãos pobres, os quais vêm sendo evocados por *judicare*.

Contudo, a referida dinâmica de financiamento estatal não tem sido suficiente para tutelar a isonomia material tão imprescindível à consecução dos processos judiciais, tendo por alvo, ilustrativamente, a absoluta ausência de uma maior conscientização dos direitos titularizados por cada um para, com isso, solucionar-se a hipossuficiência cultural que tanto limita a eficácia da representatividade judicial financiada sob a égide dos sistemas *judicare*.

No que toca à segunda “onda” de acessibilidade, observa-se o crescente aprimoramento da tutela direcionada aos direitos difusos ou coletivos, os quais advêm da superação da noção de processo como conflito entre interesses meramente privatísticos, alargando, pois, o seu objeto também a direitos como a adequada proteção ao meio ambiente ecologicamente sustentável.

Destaca-se, aqui, a importância da contínua ampliação do rol de legitimados à propositura de demandas coletivas em prol dos supracitados direitos, cuja abrangência não mais se reduz a órgãos públicos, alcançando sempre mais entidades da sociedade civil, como bem exemplifica a Lei dos Contratos-Padrão na República Federal da Alemanha e a *relator-action* adotada em países como Inglaterra e Austrália.

Enfim, no que concerne à terceira e mais recente das “ondas” em estudo, tem-se que esta, além de preservar os instrumentos trazidos por meio das duas anteriores, voltou-se para encorajar a implementação de reformas que transcenderam a mera representatividade judicial, abrangendo na modificação de procedimentos; na reestruturação do Poder Judiciário, mediante reorganização dos Tribunais e criação de outros; na profissionalização dos sujeitos atuantes no processo; bem como na reformulação do próprio direito material e do fomento às formas extrajudiciais de solução de conflitos (CAPELLETTI, 1988, pp. 12-27).

3.3 DOS INSTRUMENTOS VIABILIZADORES DA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme já se tratou anteriormente, a discussão acerca do Acesso à Justiça é extremamente pertinente quando se discute a concretização da Dignidade da Pessoa Humana sob o aspecto da igualdade substancial.

Nesse panorama, há de se vislumbrar os mecanismos que foram e poderão ser adotados para que os sujeitos parciais do processo possam ser tratados de forma efetivamente igualitária.

Preambularmente, destaque-se que, embora o Direito de Acesso à Justiça seja uma via concretizadora dos demais direitos, não há, a princípio, um meio que garanta a sua efetiva instrumentalização substancial (BARCELLOS, 2002, p. 294).

Outrossim, é de se considerar que, além dos obstáculos jurídicos (os quais foram superados, pelo menos em tese, pela previsão constitucional), outros dois óbices ainda se constituem em gravosos desafios, quais sejam, o custo e a desinformação.

No que tange ao custo, há de se reconhecer que o Constituinte, ao prever a gratuidade da Justiça para os que se declararem pobres, instituir as Defensorias Públicas e criar os Juizados Cíveis e Criminais, procurou traspor tal obstáculo. Contudo, há de se questionar acerca da eficácia das normas constitucionais em comento, considerando-se que, na maioria dos Estados brasileiros, os Juizados Especiais não conseguem atender à demanda e as Defensorias Públicas carecem de uma estruturação adequada, não obstante a Emenda Constitucional nº 45/2004 tenha outorgado uma ampla autonomia funcional, administrativa e de iniciativa de proposta orçamentária a tais órgãos de auxílio jurídico (PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 30).

É válido se destacar também que, em havendo omissão legislativa no que diz respeito à implementação das Defensorias Públicas ou dos Juizados Especiais, será cabível a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º da CF). Ademais, o Ministério Público, através do ajuizamento de Ações Civis Públicas, igualmente poderá contribuir para a estruturação dessas instituições (BARCELLOS, 2002, pp. 298-300).

Já no que concerne à gratuidade da justiça, percebe-se que houve um inequívoco avanço, destacando-se, ilustrativamente, a hodierna situação da Justiça do Estado do Mato Grosso/BR onde, somente no ano de 2006, houve a concessão dos benefícios da justiça gratuita em 75% (setenta e cinco) das demandas julgadas (PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 30).

Relativamente ao obstáculo de Acesso à Justiça pertinente à informação, vislumbra-se uma dificuldade maior de superação, a qual pressupõe, necessariamente, a consecução de um denso investimento não apenas na educação genericamente considerada, mas também no esclarecimento da população, especificamente, em re-

lação ao exercício dos seus direitos. De acordo com Ana Paula de Barcellos (2002, p. 300),

A médio e longo prazo, a generalização do ensino fundamental por toda a população brasileira e a inclusão em seu conteúdo curricular de noções sobre o Judiciário e seu papel, o acesso à Justiça e os mecanismos postos à disposição do cidadão para o exercício de seus direitos serão capazes de proporcionar um nível geral ao menos razoável de informação cívica.

Ainda com vistas à superação dos óbices inviabilizadores do Acesso à Justiça, sobreleva-se o instrumento processual da evocada Ação Popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Similarmente, a ampliação da utilização das ações coletivas para além da Ação Civil Pública, abrangendo as demandas consumeristas, também vem viabilizando a tutela de direitos que, sem tais instrumentos, estariam despidos de proteção, dada a inércia dos seus titulares. Tal desiderato se coaduna, em tudo, com a segunda onda renovatória, anteriormente explicitada.

Saliente-se, ainda, que o regramento contido no Código de Defesa do Consumidor (sobretudo no que concerne à inversão do ônus da prova), como também na legislação trabalhista (em especial no que tange ao princípio da proteção, à atribuição de capacidade postulatória ao reclamante e a determinação, de ofício, do início dos atos executórios), nada mais são do que o reconhecimento das desigualdades fáticas existentes entre os sujeitos que compõem essas relações jurídicas e, desse modo, a viabilização do Acesso à Justiça, bem como a concretização do princípio da igualdade substancial.

Ressalte-se que a Emenda Constitucional nº 45 também foi responsável por uma mudança de paradigmas no âmbito da atuação do Poder Judiciário, possibilitando, por meio da implementação de um catálogo de mecanismos efetivadores da atuação do Poder Judiciário, “[...] garantir celeridade na prestação jurisdicional, eliminando nós e gargalos existentes e, na linha divisória da independência dos poderes (art. 2º, CRB/88) e das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III, CRB/88), caracterizadoras do nosso sistema presidencialista, criou o “polêmico” Conselho Nacional de Justiça” (PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 26). Sobre este órgão, bem como acerca da sua singular contribuição para a concretização da dignidade da pessoa humana e dos seus corolá-

rios, tal como a igualdade substancial, tratar-se-á adiante.

4. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Emenda Constitucional nº 45 foi antecedida de um amplo debate em relação ao adequado funcionamento do Judiciário Brasileiro, o qual enfocou, com particular ênfase, a evidência de que, até então, este Poder da República, embora possuísse ingerência em relação às demais esferas do Poder Público, não era objeto de qualquer modalidade de controle externo administrativo-funcional.

Acentue-se, por salutar, que a referida conjuntura institucional terminava por potencializar, sobremaneira, as prerrogativas atribuídas aos magistrados no que concerne à vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Associado a isso, ainda se evidenciava o crescente descrédito desse Terceiro Poder em relação aos jurisdicionados, sobretudo em virtude da morosidade processual e, por conseguinte, da falta de efetividade material dos seus julgados.

Aprofundando este ponto, evidencia-se que a destacada conjuntura decorria, em particular, da ausência de uma efetiva coesão entre os Tribunais no que tange aos procedimentos administrativos, os quais careciam tanto da formulação de um planejamento estratégico quanto da coordenação de um órgão habilitado a executá-lo.

Sublinhe-se, ainda, que tal problemática refletia de forma direta na instrumentalização do próprio direito de acesso à justiça, visto que, somada aos demais obstáculos anteriormente tratados, induzia a descrença de que, embora se pudesse chegar ao Poder Judiciário, este não daria uma resposta a contento, quer em virtude da morosidade, quer em face da falta de compromisso dos magistrados em relação aos seus deveres funcionais.

Vislumbra-se que a pedra de toque das discussões que, ao final, culminaram na promulgação da citada Emenda foi, de fato, a necessidade de criação de um instrumento viabilizador de estratégias que pudessem ser utilizadas para a solução dos problemas que sempre incomodaram os destinatários da prestação jurisdicional, notadamente a morosidade e a falta de transparência. Percebeu-se, pois, que seria imprescindível a criação de um órgão que, ao atuar nesse sentido, exercesse um autêntico controle externo em relação ao Poder Judiciário.

Destaque-se que, não obstante a experiência vivenciada pelo Brasil durante o Regime Militar, com a criação de um Conselho de Justiça pela Emenda Constitucional nº 7/77, tal controle até então não havia se materializado (SAMPAIO, 2007, p. 73).

Apenas por ocasião das discussões relacionadas à Constituição de 1988 é que veio à tona o debate atinente a esta problemática, o que dividiu opiniões. Nesse sentido, Saraiva *apud* Sampaio o entendia como (2007, p. 241):

[...] um dedo do autoritarismo sobrevivente, além de ser contrário à separação dos poderes, dada a sua composição híbrida ou a inexistência de controle semelhante ao do Executivo e Legislativo, bem como ao princípio federativo, pois era um só para a magistratura federal e dos Estados, a representar, enfim, um retrocesso de mais de cem anos.

Contudo, apenas bem mais tarde é que a discussão frutificou em uma atuação do Poder Constituinte Reformador, sendo possível destacar, dentre outras providências, a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão colegiado e autônomo, de inspiração europeia e natureza administrativo-constitucional (PEDERSOLI, 2011, p. 47).

4.1. DA CARACTERIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A natureza administrativa do mencionado Conselho foi reconhecida, de forma expressa, pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 103-B, § 4º. Já o seu respaldo constitucional é inegável, não apenas por ter sido tutelado na Lei Magna, mas pelas atribuições que recebeu para, sobretudo, zelar pela autonomia do Poder Judiciário e exercer o controle dos atos emanados dos magistrados, inclusive de forma concorrente com as Corregedorias, não obstante as discussões suscitadas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367.

Acrescente-se que, desde o momento da sua criação, o CNJ foi alvo de muitas críticas, alicerçadas, em particular, na suposta violação ao princípio da separação de poderes e ao pacto federativo.

Adentrando-se na análise do desrespeito ao princípio da Tripartição de Poderes, tem-se que a sua composição heterogênea, incluindo membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e cidadãos de notável saber jurídico e conduta ilibada (art. 103-B e incisos da Constituição Federal), foi vista como uma agressão à autonomia do Poder Judiciário, o que daria à sua atuação uma conotação mais política do que jurídica. Desse modo, Sampaio (2007, p. 251) aduz que, sob a ótica da ministra Ellen, ser “salutar à democracia que [os Poderes] continuem independentes entre si e complementares na sua atuação convergente à realização da Justiça”.

Divergindo da opinião acima, Machado e Cerqueira, citados por Sampaio (2007, p. 251), afirma que “(...) O princípio da separação se nutria mais na idéia de controle do que de independência ou autonomia de cada um deles. Assim, a previsão de um mecanismo a mais de contenção do poder, ainda que de *um* poder, não podia ser considerada a ele contrária.”

Enfatize-se que a existência de membros alheios ao Poder Judiciário não teria o condão de eivar o CNJ de inconstitucionalidade, haja vista ser a maioria dos

seus membros proveniente deste mesmo Poder. Outrossim, na esteira de Bermudes (2005, pp. 132-133),

[...] os demais integrantes ou são originários das funções essenciais à justiça ou de membros do povo selecionados pelo Congresso. Conjuga-se assim a legitimidade burocrático-corporativa das duas categorias de imediata interação e cooperação com o Judiciário, diga-se, aferradas ao dever de conselheiro, e não de representantes das duas classes profissionais.

As atribuições do CNJ também suscitaram a discussão acerca da possibilidade de violação do princípio federativo, ante o controle administrativo, disciplinar e orçamentário que esse órgão, de cunho eminentemente federal, passou a exercer em face dos órgãos judiciários estatais. Antes de mais nada é preciso atentar para o fato de que o Poder Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo, são fruto da soberania, não comportando, sob esse viés, compartimentações.

De outra margem, dadas as peculiaridades do exercício da função jurisdicional estatal, lastreada, principalmente, na necessidade de se espancar as situações de instabilidade, mostra-se extremamente necessária a adoção de procedimentos padronizados. Eis o motivo pelo qual a Constituição Federal atribuiu, de forma privativa, à União a competência para legislar sobre matéria processual (art. 22, I, CF). Desse modo, a peculiaridade atinente ao Judiciário no que concerne à relativização do pacto federativo deve se estender ao CNJ. Nesse sentido, aduz Sampaio (2007, p. 256): “Pouco importa de o seu custeio é apenas federal. Em nada modifica seu caráter nacional. É até justificável que assim tenha disposto o constituinte reformador diante da assimetria fiscal de nosso federalismo”.

É de se afirmar que a criação do Conselho Nacional de Justiça adveio da necessidade de se proceder a um controle acerca dos atos emanados do Judiciário. Contudo, a função de controle é apenas secundária e instrumental à do planejamento de estratégias que saneiem, ou pelo menos minimizem, as mazelas ínsitas a este Poder da República, possibilitando, dentre outros objetivos, a uniformização das suas práticas institucionais, a transparência das suas atividades *lato sensu* e a racionalização dos recursos humanos e materiais colocados à sua disposição.

A providência referida supra, considerada de forma isolada, não será suficiente para que a reforma do Judiciário ocorra em sua plenitude. Contudo, mesmo considerando as limitações impostas constitucionalmente ao CNJ, este tem servido de intermediário entre o povo e o Judiciário, o que tem contribuído enormemente para o fortalecimento da democracia, bem como para o aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.

Importa frisar que o Supremo Tribunal Federal endossou o caráter de essencialidade do CNJ, ao refutar a alegação de inconstitucionalidade do próprio Conselho e de alguns outros dispositivos constitucionais a ele pertinentes, feita pela

Associação Brasileira dos Magistrados (AMB), no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, de relatoria do Ministro Cesar Peluzo.

Há de se focar, ainda, que a atuação do órgão, ao estabelecer metas, emitir resoluções, recomendações e traçar um perfil do Poder Judiciário, tem contribuído para a duração razoável do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, propiciando, enfim, uma ambiência adequada à garantia do acesso à justiça, à duração razoável do processo, efetivação da igualdade substancial no contexto processual e, por conseguinte, à proteção da dignidade humana dos sujeitos nele envolvidos.

4.2. DADOS ESTATÍSTICOS QUE CORROBORAM A IMPRESCINDIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO CNJ

Conforme afirmado alhures, o Conselho Nacional de Justiça, desde a sua criação, tem sido alvo de questionamentos, que se estendem da sua constitucionalidade à amplitude das suas atribuições.

No entanto, há de se reconhecer que essas discussões são indiciárias de que o órgão tem atuado de forma efetiva, pelo menos no que concerne à realização de um diagnóstico do Poder Judiciário e, nesse sentido, na aproximação entre esse Poder e a sociedade.

Corroborando o afirmado supra, afirme-se que, desde o ano de 2004, o multicitado Conselho tem divulgado dados relativos à atuação do Judiciário brasileiro, compilados no Relatório Anual “Justiça em Números”⁴⁷³, o qual, ao longo dos anos, tem sido aperfeiçoado, através do refino dos dados e da contribuição cada vez mais ampla dos Tribunais Brasileiros, que se responsabilizam pelo envio das informações.

Trata-se de uma iniciativa muito relevante, na medida em que não se restringe à apresentação de dados estatísticos, mas ao diagnóstico dos pontos críticos e à indicação de medidas que viabilizarão melhorias. Ademais, instrumentalizam a aferição do cumprimento das metas estabelecidas pelo CNJ e, por conseguinte, a evolução do esforço empreendido pelos Tribunais no sentido de viabilizar a superação de problemas como a morosidade e a escassa efetividade processual, os quais, inevitavelmente, implicam em séria limitação do Acesso à Justiça.

Ilustrando alguns dos resultados já obtidos por parte do Conselho Nacional de Justiça, faz-se imprescindível observar os dados catalogados na Edição 2012 do Relatório Justiça em Números, o qual se encontra disciplinado pela Resolução nº 76 – CNJ e, por sua vez, compõe o Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), em cuja abrangência alcança todo o rol de Tribunais judiciários presentes no território pátrio.

Especifique-se, ainda, que o objeto do Relatório em referência aborda diversos e relevantes aspectos da realidade funcional do Poder Judiciário, tais como: insumos, dotações e graus de utilização; litigiosidade; acesso à justiça e perfil das demandas.

⁴⁷³ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes>. Acessado em: 04.03. 2013.

Frise-se também que, contrariamente aos demais dados, os quais somente são repassados anualmente ao longo do período compreendido entre 10 de janeiro e 28 de fevereiro do ano subsequente, as informações atinentes à litigiosidade são sempre colhidas em ritmo semestral, mais especificamente, no período entre 10 de julho a 31 de agosto (dados do primeiro semestre) do ano-base e no período de 10 de janeiro a 28 de fevereiro do ano seguinte ao ano-base (dados do segundo semestre).

Fixados estes pontos, cumpre ressaltar que, por força dos limites ínsitos ao seu próprio objeto, a presente reflexão se restringirá, exclusivamente, a perquirir acerca dos dados relativos aos Tribunais de Justiça dos Estados, os quais dizem respeito ao diagnóstico identificado à luz do regramento supramencionado ao longo do ano de 2011.

Partindo-se dessas premissas, constata-se que, durante o supracitado período, a quantidade de processos baixados foi a maior verificada nos últimos três anos. Outrossim, a taxa de congestionamento, que é a relativa aos processos acumulados, cujo andamento está lento ou simplesmente obstado, foi alvo de uma suave redução (0,52%), a qual foi acompanhada de outro ponto positivo, consistente no aumento da quantidade de processos julgados por magistrado, que aumentou em 6,3% em relação a 2010.

De outro lado, verifica-se, como aspectos negativos, que, desde o ano de 2009, o estoque dos processos vem aumentando. Ademais, a comparação entre a quantidade de processos baixados e novos indica uma curva decrescente, o que revela um potencial de congestionamento. Por fim, desde 2009, constata-se uma diminuição da quantidade de processos julgados.

Das estatísticas acima se extrai que ainda há muito o que avançar no que concerne à eficaz administração das demandas processuais. No entanto, não se pode negar que um grande passo foi dado, sobretudo no que diz respeito à transparência em relação à atuação do Poder Judiciário, o que, sem sombra de dúvida, contribui para o aprimoramento da prestação jurisdicional, do próprio Direito Fundamental de Acesso à Justiça e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana no âmbito da atuação jurisdicional estatal.

CONCLUSÃO

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é corolário do Estado Constitucional de Direito, sendo reconhecido hodiernamente como tal pelas Constituições de vários países do mundo. Como decorrência disso, tem-se que a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais deverá pautar-se na garantia desses direitos arraigados à condição humana.

Há de se ponderar, contudo, que o *status* adquirido pelo princípio acima mencionado não se restringe ao plano teórico, formal ou interpretativo, devendo viabilizar a efetiva concretização dos direitos inerentes ao homem na sua dimensão

mais profunda, o que se dá, comumente, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito/princípio da Igualdade.

Insta relevar que o princípio da Igualdade, concebido na sua dimensão positiva, determina que todos deverão ser tratados de forma isonômica. Já no seu aspecto negativo, veda a discriminação. Contudo, a fim de que possa instrumentalizar o tratamento paritário entre os sujeitos de direitos, seja no âmbito público ou privado, a Igualdade concebida de maneira formal ou perante a lei não é suficiente, na medida em que desconsidera os elementos individualizantes dos seus titulares, o que impulsiona a invocação da Igualdade no sentido substancial ou material, por meio da qual os iguais são tratados igualmente e os desiguais desigualmente.

No âmbito processual, a fim de que as partes tenham as mesmas oportunidades, é imprescindível que o conceito de igualdade substancial seja aplicado. Neste cenário, além de se viabilizar o acesso à justiça, transpondo todos os obstáculos (jurídicos, econômicos ou sociais) que a inviabilizam, é imprescindível que outros mecanismos sejam vislumbrados e efetivados, tudo em prol do esparecimento das diferenças e da consolidação do equilíbrio.

A própria Constituição Federal tratou de regulamentar meios viabilizadores da igualdade substancial no âmbito processual, em um claro reconhecimento de que a mera previsão da inafastabilidade do controle jurisdicional e do contraditório e ampla defesa não são suficientes para a garantia efetiva do acesso à justiça. Desse modo, estabeleceu a gratuidade da Justiça para os que se declararem pobres na forma da lei; previu a criação das Defensorias Públicas e dos Juizados Especiais.

Outrossim, a Ação Popular, a Ação Civil Pública, as ações coletivas no âmbito do Direito do Consumidor, além do regramento específico deste catálogo de direitos consubstanciado no Código de Defesa do Consumidor, bem assim dos princípios e regras pertinentes ao Direito do Trabalho, constituem elementos viabilizadores não apenas do Acesso à Justiça, mas da Igualdade substancial no âmbito processual.

Contudo, há de se destacar que, não obstante os avanços já consolidados, resta um longo caminho a ser percorrido, visto que, a exemplo das Defensorias Públicas, as quais ainda não foram efetivamente instaladas em muitos estados do Brasil, há um grande distanciamento entre a previsão normativa e a sua concretização fática. Eis o que justifica as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, que promoveu uma verdadeira reforma no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo em relação à criação do Conselho Nacional de Justiça, cujo precípua fim é a viabilização de uma atuação mais efetiva e justa do Poder Judiciário Brasileiro, desiderato este que, em última instância, revela-se em sustentáculo do próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Há de se destacar que o órgão acima referido, desde a sua criação, tem sido alvo de muitas críticas, o que ensejou, a princípio, a discussão em relação à sua constitucionalidade e, posteriormente, no que tange aos poderes e limites destes

conferidos constitucionalmente. Tal ordem de coisas deve-se, sobretudo, à resistência que os membros do Poder Judiciário têm em relação à realização de um controle externo sobre a sua atuação.

No entanto, os dados estatísticos explorados no presente artigo demonstram que, no mínimo, a atuação do CNJ contribui sobremaneira para que sejam diagnosticados os principais problemas que permeiam a atuação do Poder Judiciário Brasileiro, o que poderá servir de parâmetro para a busca de instrumentos concretos de superação. Outrossim, o estabelecimento de metas e a fiscalização do seu cumprimento através de relatórios, potencialmente viabilizará a constatação das regiões mais críticas em termos de congestionamento, tornado possível a adoção de medidas específicas em relação à destinação de juizes, servidores e demais recursos que viabilizem o suprimento das demandas locais.

Ressalte-se, por fim, que o órgão acima mencionado, ao agir no sentido de traçar diagnósticos e determinar o cumprimento de metas, não solucionará por completo toda a problemática que envolve o Poder Judiciário no Brasil. No entanto, é inegável que, a partir da sua contribuição para que tal poder se torne mais transparente e preocupado com a sua missão constitucional, aproximando-se dos destinatários do serviço que presta e que, de forma indireta, legitima a sua existência, sem dúvida contribui para a consecução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a partir do seu acesso a um instrumental viabilizador da proteção aos bens jurídicos dos quais é titular, o que, por si só, arrefece as reservas que, de certo modo, tentam diminuir a relevância e força do Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

BRASIL. Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acessado

em: 01.03.2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em: 03.03.2013.

GARCIA, Maria Glória. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra, Almedina, 2005.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação – Sua Aplicação às Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.

Justiça em Números. Disponível na internet: <http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes>. Acessado em: 04.03.2013.

MIRANDA, Jorge. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

NÉRY JÚNIOR, Nelson; NÉRY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra, 2011.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RAGONE, Alvaro Pérez. *Contornos de lajusticiaprocesal (procedural fairness): lajustificación ética delproceso civil*. Curitiba: Genesis, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Tabela de Honorários da OAB – SP. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/tabela-de-honorarios/>. Acessado em: 01.03.2013.

O PODER JUDICIÁRIO ENTRE EFICÁCIA E EFICIÊNCIA*The judiciary between effectiveness and efficiency***FERNANDA ESTEVÃO PICORELLI**

Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA; especialista em Administração do Poder Judiciário (MBA) pela FGV/Rio; especialista em Direito Civil pela UNESA; Analista Judiciário da Justiça Federal do Rio de Janeiro desde 1993, tendo exercido diversas funções de Direção, supervisão e assessoramento. E-mail: fernanda.picorelli@globo.com.

RECEBIDO EM: 01.08.2013

APROVADO EM: 24.08.2013

RESUMO

A jurisdição, tradicionalmente conectada à prestação outorgada à sociedade pelo braço Judiciário do Estado, vem exigindo profunda atualização em seu significado, dado que sua acepção corrente, atrelada à singela aplicação da lei aos fatos da lide, hoje está defasada e é insuficiente, cedendo espaço à concepção de que o direito há de se ter como realizado quando um conflito é prevenido ou solucionado de modo eficaz e eficiente. Este desiderato pode ser alcançado por meio da Justiça oficial, desde que haja uma mudança de paradigmas e seja adotada uma política judiciária que seja fulcrada na *gestão da qualidade*. Colima-se que esta traga como signos positivos não só a aplicação das modernas técnicas de gestão, mas também a abertura a outros ramos do saber, a participação de novos atores sociais no processo de formulação das escolhas públicas, por meio da *governança pública*, e o contínuo fomento à cultura da adoção dos meios complementares de acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: POLÍTICA JUDICIÁRIA. GESTÃO DA QUALIDADE. GOVERNANÇA.

ABSTRACT

Jurisdiction, traditionally connected to the provision granted to society by the Judiciary arm of the State, has been demanding a deep update on its meaning, given that its current formulation, related to the *simple application of the law to the facts of the dispute*, is now outdated and is insufficient, giving way to the concep-

tion that the right is to be considered as carried out when a conflict is prevented or solved in an effective and efficient way. This goal can be reached through the official Justice, as long as there is a paradigm shift and the adoption of a judiciary policy that is based on *quality management*. It is expected that this brings as positive signs not only the application of modern managerial techniques, but also the opening to other branches of knowledge, the participation of new social actors in the process of choosing public policies, by means of *public governance*, and the continuous promotion of the culture in which complementary means of access to justice are adopted.

KEYWORDS: JUDICIARY POLICY. QUALITY MANAGEMENT. GOVERNANCE.

INTRODUÇÃO

A chamada crise do Judiciário, substanciada na defasagem entre as expectativas sociais e o que efetivamente se consegue realizar em termos de prestação jurisdicional, deflagra severas críticas e manifestações para que aquele Poder abandone o imobilismo e hermetismo corporativo, redescubra sua missão pública e repense sua forma de atuação na sociedade. Afinal, se o titular do poder é o povo e o Estado organizado é mero gestor da coisa pública, a finalidade de obter o bem-estar social a que aquele ente se destina deve ser efetivamente cumprida, sob pena de esvaziar-se a própria razão de ser do Estado.

Sob essa perspectiva, este estudo apresenta, a partir do intercâmbio com outras ciências e da ruptura de vetustos paradigmas, um conjunto de soluções para alicerçar uma política judiciária que venha a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais e, *ipso facto*, a legitimidade do Judiciário, saindo de cena a visão unívoca que se tem dado à ampliação de sua estrutura e de reiteradas alterações legislativas para resolver as dificuldades por ele enfrentadas. Não se trata de apresentar certezas, mas de operar com outros ramos do conhecimento para que se iluminem caminhos que apontem para uma prática administrativa mais consentânea com os compromissos finalísticos do Judiciário, a partir da participação de novos atores sociais e da expertise necessária ao enriquecimento do complexo processo de formulação das escolhas públicas, por meio da governança, e de outras necessárias ações políticas continuadas e eficientes que reduzam a avassaladora demanda que é dirigida àquele ente estatal. Como consequência, espera-se que a democratização do acesso à justiça possa ser vivida como verdadeira arena de aquisição de direitos e de animação para uma cultura cívica.

Na experiência brasileira, a formação do Estado foi eminentemente autoritária.

Em Portugal e, como consequência, também no Brasil, houve grande atraso na chegada do Estado liberal. Permaneceram, assim, indefinida e indelevelmente,

os traços do patrimonialismo, para o que contribuiu a conservação do domínio territorial do rei, da Igreja e da nobreza. O colonialismo português que, como o espanhol, foi produto de uma monarquia absolutista, legou-nos o ranço das relações políticas, econômicas e sociais de base patrimonialista, que predispõe à burocracia, ao paternalismo, à corrupção e à ineficiência.

O entrelaçamento desses dois sistemas de organização - burocracia e relações pessoais - projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídico-institucional e político-administrativa, caracterizada pela coexistência antagônica e conflitante de procedimentos racionais (burocracia) com formas tradicionais (patrimonialismo). Ambas expressões foram utilizadas em termos sociológicos por Max Weber para configurar o desenvolvimento de certa prática de organização política pré-moderna e, também, designar fenômenos distintos, movidos por “*principios reguladores opostos*” (WOLKMER, 2010, p. 87). Esclareça-se: a burocracia como foi entendida por Weber, consistente no método de administração do Estado, imparcial, eficiente e hierarquizado, deveria ter como objetivo a reiteração da dominação racional-legal e não patrimonialista ou carismática. Ao mesmo tempo em que foi estabelecido um encadeamento de regras normativas para reforçar o poder pelo povo, passou a existir um sistema para manter uma classe dominante no poder (a classe burocrática). Trata-se de contradição das formas de dominação, que fez eclodir, de um lado, a burocracia, como dominação racional-legal; de outro, a estamentária, como dominação tradicional patrimonialista. Apesar de epistemologicamente contraditório, o trinômio burocracia-patrimonialismo-democracia, é uma realidade no território brasileiro, que, contudo, vem sendo contemporaneamente guerreada por meio de ações políticas que objetivam anular seus indesejáveis efeitos (vg. Resolução nº 07/2005, do CNJ, por meio da qual foi combatido o costume *contra constitutionis* chamado nepotismo no Poder Judiciário).

Não resta dúvida de que o nascedouro da produção jurídica no Brasil e a forma como os tribunais vieram a institucionalizar-se estão profundamente amarrados a um passado econômico e sócio-político colonial. Isso permite compreender que o direito oficial nem sempre representou o genuíno espaço de cidadania, de participação e das garantias legais para grande parte da população. A triste verdade, como assinala BARROSO (2006, p. 11), é que o Brasil jamais se libertou de sua herança patrimonialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado. Pior: sob a atávica apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes. Do descobrimento ao início do terceiro milênio, uma história feita de opressão, insensibilidade e miséria. A Constituição de 1824, primeiro esforço de institucionalização do novo país independente, pretendeu iniciar, apesar das vicissitudes que levaram à sua outorga, um Estado de direito, quiçá um protótipo de Estado liberal. Mas foi apenas o primeiro capítulo de uma instabilidade cíclica que marcou a experiência republicana brasileira, jamais permitindo a consolidação do modo liberal e, tampouco, de um Estado

verdadeiramente social. De visível mesmo, a existência paralela e onipresente de um Estado corporativo, cartorial, financiador dos interesses da burguesia industrial, sucessora dos senhores de escravo e dos exportadores de café, com total descompromisso com a justiça e a liberdade (BARROSO, 2009, p. 66).

Assim, a constituição estrutural dessa cultura jurídica beneficiou, de um lado, a prática do favor, do clientelismo, do nepotismo e da cooptação; de outro, introduziu um padrão de legalidade e de estrutura institucional inegavelmente formalista, retórico, eclético e ornamental. Incluindo suas características individualistas, antipopulares e não-democráticas, o liberalismo brasileiro haveria de ser contemplado igualmente por seu incisivo traço jurídicista. Ademais, o cruzamento entre individualismo político e formalismo legalista delineou politicamente a montagem do cenário principal de nosso direito: o bacharelismo liberal, incapaz de situar-se criticamente diante do sistema jurídico.

A conclusão que se pode extrair dessa breve perspectiva histórica e da releitura questionada das ideias, das experiências normativas e das instituições jurídicas é a imediata necessidade de articular, na teoria e na prática, um projeto crítico de reconstrução democrática no direito nacional, o que envolve a problematização e a ordenação pedagógica de estratégias efetivas fundadas na democracia, no pluralismo e na interdisciplinaridade, que conduzam a uma historicidade social do jurídico, capaz de formar novos operadores e juristas orgânicos, comprometidos com a superação dos velhos paradigmas e com as transformações das instituições (públicas e privadas) arcaicas, elitistas e não-democráticas. Uma cultura jurídica que reflita, crítica e autocriticamente, ideias, padrões normativos e instituições, sintonizada com anseios e aspirações dos novos sujeitos sociais e comprometida com horizontes mais participativos e emancipadores, tudo em conformidade com a Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, cujo corpo normativo orienta-nos na busca de uma democracia substantiva.

Entretanto, sabido que a esperança é um desejo imemorial que acompanha os homens desde sempre, é preciso que não nos deixemos iludir. Adverte-nos BOBBIO (1992, p. 24) que o “*Estado Democrático e Estado Burocrático estão historicamente muito mais ligados um ao outro do que sua contraposição pode fazer pensar*”. O Povo é soberano e democrata quando da ocorrência das eleições; passado o período eleitoral volta a ser aquele refém de uma camada pequena da sociedade que passa a comandá-la, desconsiderando a sua satisfação na ação gestacional que foi confiada ao Estado. O instrumento dessa disfunção estatal é a burocracia.

A burocracia, preconizada por Max Weber, traduz-se, como visto, em método gerencial impessoal, que gera igualdade aos cidadãos, estável, seguro e racional. Com esses atributos, reafirma o Estado de direito, possibilita de forma eficaz o exercício da democracia formal e traz estabilidade ao sistema social por meio da efetividade do princípio da segurança jurídica. Sociologicamente, também unido ao Estado de direito, constitui-se a burocracia em estrutura de dominação racional-le-

gal, que impede o exercício do poder pelo cidadão e afasta a concretização da democracia substancial. Assumindo, ainda, sua forma disfuncional, com ênfase nos meios empregados (onde o valor instrumental converte-se em valor final), qualifica-se pelo excesso de ritualismos, papelório, procedimentos e superconformidade às regras, impessoalidade, caso em que se torna verdadeiro obstáculo à ultimação de eventual estratégia assumida pelo ente estatal, que, não se pode perder vista, *deve ser sempre voltada à realização do bem comum* e nunca para os seus próprios interesses.

Restaurada a democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, foi pródiga em estabelecer medidas para o fortalecimento do Poder Judiciário, objetivando, também, a melhoria da prestação jurisdicional.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a chamada Reforma do Poder Judiciário, ao contrário do alardeado, não trouxe em si solução para o crônico problema da ineficiência da máquina judiciária, inegavelmente abalada pela demanda de ações que é dirigida ao Poder Judiciário, notadamente em razão de seu papel de servir de canal de expressão para grupos que demandem a promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais. Aliado a esse fato, PONCIANO (2008) aponta como determinantes no número de processos: (a) a disparidade gravíssima entre o discurso jurídico e a planificação econômica; (b) a instabilidade normativa e a inflação jurídica decorrente da produção legislativa desordenada e desenfreada pelo Executivo e Legislativo, inclusive contrariando a Constituição Federal; (c) a produção legislativa impulsionada unicamente pelo clientelismo político; (d) a omissão do Estado na implantação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos garantidos pela atual Constituição; (e) a desobediência à Constituição e às leis pelo próprio poder público e (f) *o aumento da burocracia estatal*.

Assim, por força das profundas transformações econômicas e sociais que se deram ao longo do último século, aliadas àqueles outros fatores, as estruturas, competências e normas estatais experimentaram um crescente distanciamento da realidade social, até o ponto de a sociedade e os operadores do sistema jurídico declararem, à unanimidade, a existência de uma situação de *crise do Judiciário*.

Impende assentar que, de forma clara e precisa, deixou o legislador constitucional consignado na Lei Maior como princípios: razoável duração do processo, celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII) e eficiência (art. 37), outorgando aos magistrados a tarefa de dizer o direito segundo as regras constitucionais de aplicação imediata, sem aguardar a palavra do Legislativo, como era até então. Extrai-se desse conjunto de normas encontrar-se implícito o princípio da *boa administração* – consagrado também, de forma expressa, nos artigos VIII e X da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice) –, o qual é idôneo a deflagrar para o jurisdicionado o direito subjetivo, de natureza fundamental, de exigir tal prática dos administradores da *res publica*.

Dessa contemporânea principiologia, infere-se, outrossim, que, no Estado

democrático contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da *garantia da tutela jurisdicional efetiva*, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana (GRECO, 2012, p. 01). Como consectário lógico, tem-se que a garantia do acesso à Justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas no fato de que a tutela pretendida seja oportunizada de forma eficaz e eficiente.

A esse propósito, importa distinguir o conceito de eficiência e eficácia, uma vez que a eficácia, na ciência do direito, denota a aptidão de uma lei ou ato jurídico de produzir efeitos. Aqueles termos estão sendo empregados neste estudo na esteira da ciência da administração e da economia, considerados básicos para o estudo da gestão das organizações. Com efeito, a norma técnica não-compulsória NBR ISO 9000:2005⁴⁷⁴, de aplicação universal e da qual é subscritor o Brasil, fornece a seguinte definição para aqueles vocábulos:

- *Eficácia: Extensão na qual as atividades planejadas são realizadas e os resultados planejados alcançados.*

- *Eficiência: Relação entre o resultado alcançado e os recursos usados.*

Em geral, a eficiência está intimamente relacionada aos custos de realização do processo (tempo, gastos, instalações etc.).

Várias são as alternativas de combinação de eficácia e de eficiência den-

⁴⁷⁴ A International Standard Organization - ISO (Organização Internacional de Padrões) é uma organização com sede em Genebra - Suíça e com escritórios em praticamente todos os países do mundo, que se ocupa em desenvolver normas voluntárias (não-compulsórias), tendo como objeto a maioria dos ramos tecnológicos (engenharia em geral, segurança, meio ambiente, responsabilidade social, qualidade etc.). A sua função é a de promover a normatização de produtos e serviços para que a qualidade destes seja permanentemente melhorada. O Brasil, como signatário, pode adotar as normas emitidas pela ISO, que são traduzidas para o português pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e recebem um prefixo "NBR", caracterizando-as como normas brasileiras. O ano que se inclui é o da última revisão da norma. Dentre as normas ISO, destaca-se o conjunto (ou família) 9000, voltado especificamente para o tema gestão, o qual possui a seguinte lógica: ISO 9000:2005: fornece informações sobre a *rationale* da qualidade e define a terminologia a ser utilizada na Gestão da Qualidade; ISO 9001:2008: apresenta os requisitos universais para a gestão com qualidade; ISO 9004:2010: fornece orientação sobre aprimoramento contínuo da qualidade, apresentando complementações aos requisitos da NBR ISO 9001:2008 (básicos ou mínimos), sofisticação ou alargamento da sua abrangência. Convém ressaltar que existem outros modelos de sistemas de gestão; todavia, praticamente todos convergem para os mesmos elementos de gestão sustentável.

tro de um processo de trabalho de uma organização. Por exemplo: uma sentença proferida com observância de todas as garantias substanciais, mas que no seu *iter* procedimental não foi observado o prazo razoável, resulta em processo eficaz, porém ineficiente. Ou um particular atendimento, cuja informação não é fornecida tendo em vista que o processo judicial não foi localizado no cartório judiciário e, além disso, o atendimento completo é realizado em duas horas. Nesse caso estamos diante de um processo ineficaz e ineficiente.

Maria Elisa Macieira e Mauriti Maranhão (MACIEIRA; MARANHÃO, 2010, p. 34) apresentam outra forma de abordar eficiência e eficácia, trazendo luz à sua melhor compreensão:

Qualificação	Ação descritora da condição
Eficaz	Executa corretamente aquilo que é feito (não necessariamente o que é feito é a real necessidade do destinatário final do produto ou serviço).
Eficiente	Alcança os objetivos planejados (considerando as necessidades dos usuários), desenvolvendo no destinatário final a percepção de satisfação com o serviço prestado.
Eficaz e eficiente	Faz, sob custo compatível, o que realmente precisa ser feito.

Para aqueles autores, que detêm ampla experiência e conhecimento em implementação de sistemas de gestão em unidades do Judiciário fluminense, a experiência mostra que:

Em geral, algumas organizações fazem mais do que precisa ser feito, deixam de fazer algumas coisas essenciais e as coisas que fazem não são nem eficientes nem eficazes. É uma combinação explosiva de insatisfação dos usuários (que se frustram por não terem as suas necessidades atendidas) com desperdício (realização de atividades desnecessárias, que não agregam valor).

Em resumo, combinar eficiência e eficácia dos processos de trabalho significa atender às necessidades dos usuários dos próximos processos, sob custo mínimo, e obter a rentabilidade capaz de manter a instituição permanentemente reconhecida. *Em termos práticos*, a adequada combinação de eficácia e eficiência determina completamente a *qualidade do processo*.

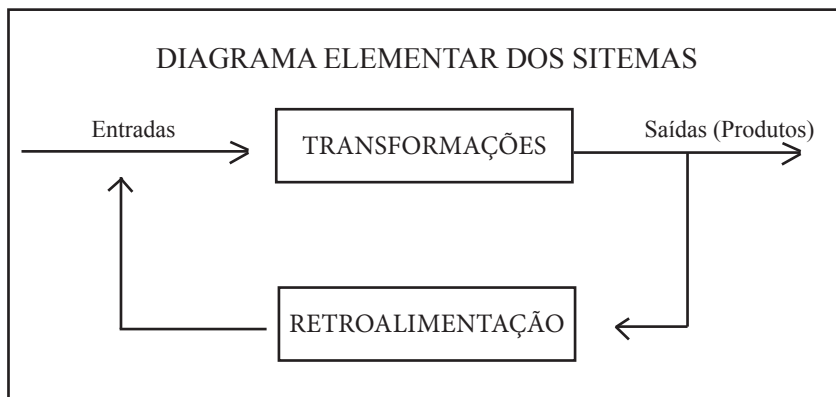
Importa consignar, outrossim, que consoante o padrão técnico NBR ISO 9000:2005, *sistema* (ou modelo) é o conjunto de elementos que estão inter-relacionados ou interativos e *sistema de gestão* são atividades coordenadas para dirigir e controlar uma organização ou, em outras palavras, para estabelecer política e objetivos, e para atingir estes objetivos. O termo *qualidade*, adicionado ao *sistema de gestão*, tal como preceitua aquela norma técnica, é o conjunto de características diferenciadoras de um produto ou serviço que satisfazem os requisitos estabelecidos pelo sistema de gestão para a satisfação do cliente.

Quanto maior a quantidade de recursos (pessoas, dinheiro, bens tangíveis e intangíveis), mais complexo se torna o processo de gestão. A complexidade aumenta quando se está diante de sistemas sociais considerados como não-lineares,⁴⁷⁵ tal como é o Judiciário. Essa é uma das razões que faz com que a gestão constitua uma atividade especializada nas organizações, a exigir, portanto, uma expertise, particularmente da alta cúpula administrativa, que é quem efetivamente delibera, ou em outras palavras, define os objetivos a serem alcançados e o meio hábil a cumpri-los. São os indivíduos que tomam decisões, que afetam o destino das organizações por eles dirigidas. Aliás, conforme salienta o guru da qualidade japonesa Kaoru

⁴⁷⁵ Embora algumas instituições sejam milenárias (igrejas e forças armadas, por exemplo), foi a partir do final do século XIX que alguns estudiosos manifestaram curiosidade para compreender como os sistemas organizacionais são estruturados e como fazê-los funcionar adequadamente. Anteriormente, considerava-se como sistemas apenas aqueles de natureza inorgânica, aos quais se aplicavam as leis das ciências exatas conhecidas à época (matemática, física, química etc.). Os sistemas inorgânicos, pelo fato de serem regulados por leis da ciência exata, apresentam comportamento *linear*, com relações de causa e efeito bem definidas (por exemplo, para aumentar a concentração de sal em determinada solução para X%, basta adicionar Y gramas de sal). Evidente que o comportamento linear torna o tratamento dos sistemas inorgânicos mais simples e plenamente previsível. Com o surgimento dos sistemas sociais (povoados por homens), as relações de causa e efeito passaram a ser de outra ordem, não mais lineares, tornando-se muito mais complexas e, por isso mesmo, maior se justifica a presença de conhecimentos multidisciplinares para lidar com as variáveis em jogo. O Poder Judiciário e a sociedade são sistemas sociais que se realimentam – ou que deveriam realimentar-se – a partir das grandezas em jogo. No caso do Judiciário, poder-se-ia, como exemplo possível (e muito desejável), desenvolver modelos para estimar o crescimento da demanda judiciária, a partir do aumento de determinada população (vegetativo ou decorrente de um fato extraordinário, como a instalação de um polo industrial). Evidente que se o Judiciário utilizasse tais modelos muitos dos problemas de congestionamento que aquele vem suportando (infelizmente comuns) poderiam ser atenuados. Mas não se pode perder de vista que, por se tratar de sistemas sociais, as projeções seriam apenas aproximadas. Em outras palavras, não é possível prever com exatidão o comportamento dos sistemas sociais, em face das múltiplas e permanentes interações das relações de causa e efeito. Desse modo, pode uma determinada política pública implementada causar modificações iniciais que, por sua vez, modificam o sistema e, por consequência, tornam inválidas todas as previsões anteriormente feitas. Por isso, a importância de avaliar o resultado, identificando diferenças entre o efeito concreto da ação (o ser) e o planejado.

Ishikawa, citado por CARAVANTES (1997, p. 32): “A qualidade é uma revolução da própria filosofia administrativa, exigindo uma mentalidade de todos os integrantes da organização, principalmente da alta cúpula”.

Há senso comum quanto à generalidade de funcionamento das organizações serem associadas a sistemas sociais. A figura que se segue mostra um esquema da concepção biológica dos sistemas, dotando-o de um mecanismo de retroalimentação característico de todo ser vivo.



Esse processo, que deve ser estabelecido entre as organizações e a sociedade, será responsável pela estratégia a ser definida – e redefinida, se for o caso – por aquelas. Essa ideia que está alinhada com os ditos *sistemas abertos* contrapõe-se aos primados do modelo burocrático, adotado pelo Judiciário brasileiro, que encerra uma autorreferência e se concentra tão-somente no processo enquanto fim, desconsiderando a eficiência envolvida.

A moderna concepção de gestão da *Qualidade Total*⁴⁷⁶ desenvolveu-se nos anos 50 a partir dos trabalhos de Armand V. Feigenbaum, Joseph M. Juran e Winston Edwards Deming. Assim, complementarmente ao conceito adotado pela *ISO*, que tem como função a normatização de produtos e serviços para que a qualidade destes seja permanentemente melhorada, passamos a trazer o entendimento acerca do que vem a ser *qualidade*, consoante a melhor doutrina.

Para Feigenbaum *apud* BUENO (2010, p. 15), a qualidade implica a perfeita satisfação do usuário, podendo aquela ser conceituada como “uma maneira de se gerenciar os negócios da empresa, sendo que o aprimoramento da qualidade só pode ser alcançado em uma empresa com a participação de todos”.

JURAN (1991, p. 45), consultor conceituado internacionalmente em gestão da qualidade, define que qualidade é a “adequação do produto ou serviço ao uso”,

⁴⁷⁶ O controle de qualidade é dito total por englobar todas as pessoas e ser exercido em todos os lugares da organização, envolvendo todos os níveis e todas as unidades.

ou seja, à necessidade do cliente.

Por seu turno, Deming *apud* GAZ (2004, p. 5), conhecido como o guru da qualidade desde 1950, diz que: “Em vez de estabelecer cotas numéricas, a administração para a qualidade deveria trabalhar para melhorar o processo. O fluxograma indica um processo. O problema é saber de que maneira melhorá-lo”.

Para Falconi *apud* CAMPOS (1992, p. 02), “um produto ou serviço de qualidade é aquele que atende perfeitamente, de forma confiável, de forma acessível, de forma segura e no tempo certo às necessidades do cliente”.

Observa-se que, apesar do princípio da eficiência inculcado expressamente na Carta Magna e do movimento no Brasil a favor da qualidade como parâmetro a ser perseguido nas organizações, o Poder Judiciário, mesmo diante de sua alta complexidade organizacional, retarda em racionalizar a sua administração. Exemplo disso é que só a partir da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de nº 70, de 18/03/2009, o Judiciário divulgou seu planejamento estratégico, uma imprescindível ferramenta de gestão. Insta consignar que o processo de gestão estratégica constitui um esforço disciplinado para produzir decisões e ações fundamentais sobre o que uma organização é, aonde quer chegar, e utilizando quais meios. Portanto, pode-se dizer que uma organização sem estratégia é uma organização sem rumo, bem como que, ao pretendermos agilizar um processo sem ao menos um rumo estabelecido, o que se obtém é uma aceleração da confusão muito possivelmente já existente. Sob outro prisma, de nada adianta um planejamento estratégico sem os efetivos meios de controle acerca da qualidade do serviço prestado, estando ínsito neste conceito, conforme demonstrado, a satisfação do destinatário final do serviço.

O princípio da *boa administração*, previsto expressamente, como apontado alhures, em importantes documentos internacionais e implícito em nosso sistema constitucional, há de expandir suas fronteiras para compreender não só uma lógica economicista, que restringe sua avaliação aos *outputs* da função. O Estado democrático de direito deve ser instrumento eficaz e eficiente, a serviço do todo social, indiscriminadamente. Para isso, os fundamentos e as modernas técnicas administrativas apenas se justificam se toda a estrutura funcional tiver conhecimento e planejar seu trabalho em conformidade com as demandas da sociedade, sob a primazia dos valores humanos e sociais, submetendo o econômico à dinâmica e necessidades sociais (PASOLD, 2007, p. 35). Como consectário dessa assertiva, tem-se que a participação social há de ser promovida por ocasião das escolhas públicas, da implementação das políticas de gestão correspondentes, ainda no momento da avaliação.

É essa ampliação de sentido da ideia de qualidade que tem evidenciado a insuficiência do modelo burocrático e do argumento que firma a legitimidade da ação estatal na *operational autothority*, já que desconsidera o ponto assinalado por BOURGON (2009), segundo o qual o próprio conceito do resultado desejável em tempos de Estado democrático de direito abarca a exigência da presença da sociedade como agente de deliberação. Afinal, democracia, na lição de Bobbio, é o “poder

em público” (BOBBIO, 2000, p. 386).

Assim, a eficiência como princípio posto à administração judiciária há de incorporar o incremento da cidadania ativa como valor no processo de decisão, tanto quanto aqueles outros *outputs* da atuação estatal, quantitativamente aferíveis.

José Afonso da Silva parece caminhar na direção das teorias da administração quando afirma que o conceito de eficiência não é jurídico, mas econômico, servindo para qualificar atividades que correspondam, numa concepção muito geral, a fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado, servindo, também, para orientar a atividade administrativa, no sentido de conseguir os melhores resultados, com os meios escassos de que dispõe e a menor custo (SILVA, 2012, p. 671).

Se boa administração envolve a abertura do direito a um modelo de administração funcional e à democratização da função administrativa, isso exigirá do Judiciário a cunhagem de uma postura compatível com o novo desenho de ação inclusivo, num contexto oposto àquele firmado na verticalidade das relações, tão caro ao modelo burocrático. Nessa quadra, o emprego do conceito essencialmente democrático de *governança*, mencionado pela primeira vez pelo Banco Mundial, em 1992, como atributo desejável à administração pública, restou disseminado, podendo ser descrito como uma estratégia de governo que, reconhecendo suas limitações, admite o envolvimento e a necessária contribuição de outros atores sociais, cidadãos ou organizações, que integrem a constelação de agentes qualificados ao enriquecimento do processo de decisão ou, de outro modo, pode ser descrito como o modo pelo qual os valores subjacentes de uma Nação são institucionalizados.

Apesar dessas proposições, o Judiciário, mesmo recebendo com a nova ordem política novos poderes, maior independência, desatrelando-se do Poder Executivo, marchou rumo ao enfrentamento dos novos direitos sem propostas novas, sem abrir mão de suas prerrogativas, mantendo-se no seu silencioso feudalismo. MANCUSO (2010), a esse respeito, alerta para a prática de uma política judiciária equivocada calcada no incessante aumento da estrutura física, focada na vertente quantitativa do problema, isto é, no volume excessivo de processos: ao aumento da demanda (mais processos), se intenta responder com um incessante crescimento de base física do Judiciário (mais fóruns, mais juízes, mais equipamentos de informática, enfim, mais custeio), sem que se dê conta de que tal “estratégia”, desacompanhada de uma gestão eficiente, muito se aproxima do popular “enxugar gelo”, a par de agravar a situação existente, na medida em que o aumento da oferta acaba por alimentar a demanda, disseminando junto à população a falácia de que toda e qualquer controvérsia pode e deve ser judicializada, quando, antes, caberia expandir a informação quanto ao acesso a outros meios, auto e heterocompositivos, além de outras medidas calcadas em um plano nacional de política judiciária, que considere todas as concausas que afetam o complexo sistema Judiciário e as várias interfaces

desse mesmo sistema.

Seis anos depois da Constituição de 1988, veio a Reforma do Poder Judiciário, via Emenda Constitucional nº 45/2004, e com ela a criação do Conselho Nacional de Justiça, chamado de controle externo do Judiciário. Objetivou o CNJ responsabilizar-se pela sujeição do Poder Judiciário à disciplina administrativa por ele imposta, mantidas as decisões judiciais fora do seu alcance, e democratizar o Poder, submetido a uma verticalização administrativa incompatível com qualquer modelo de administração moderna. Consequência direta desse quadro é a de que a *gestão* era realizada de forma descontinuada, a depender do administrador de plantão, e as “estratégias” contemplavam, na maioria das vezes, projetos pessoais daquele, sem considerar qualquer racionalidade sistêmica nas ações empreendidas. De forma geral, eram prestigiadas ações imediatistas, em detrimento de ações de médio ou longo prazo.

Diante desse quadro, uma das medidas prioritárias adotadas pelo CNJ foi a de impor planejamento estratégico, através da já referida Resolução nº 70/2009, por meio da qual se destacou a necessidade do estabelecimento, por todos os tribunais, de metas de curto, médio e longo prazos, que deveriam estar associadas a indicadores de resultado e a planos de ação previamente estabelecidos, levando o Poder Judiciário a superar a prática de funcionar sem projetos, sem saber o que está fazendo, sem qualquer controle efetivo sobre o resultado (ainda que meramente quantitativo) de sua administração e de suas realizações. Sobre esse contexto caótico encontrado no Poder Judiciário, a então Corregedora do Conselho Nacional de Justiça, ministra Eliana Calmon, manifestou-se (CALMON, 2012, p. 5):

Dentro dos Tribunais de Justiça, vinte sete ilhas isoladas, foram encontradas práticas administrativas absolutamente condenáveis sob o aspecto técnico, descontínuas e sem responsabilização dos administradores. Tudo era feito de forma pessoal e na base do improvisado. Era imprescindível agregar, uniformizar e planejar para assim caminhar junto, vencendo diferenças abismais entre os Tribunais e, o que é pior, dentro do mesmo Tribunal varas ou gabinetes inviabilizados por acúmulo de processos, falta de equipamentos e falta de gestor, situações por vezes críticas com direto reflexo na produção da atividade-fim.

A falta de uniformidade, assim como de transparência na prática judiciária, levou o CNJ a adotar, como objetivo macro, vencer o silencioso proceder do Judiciário, a chamada *caixa preta*, introduzindo a publicidade como norma das práticas administrativas. Criou, assim, cadastros importantes para traçar o perfil e dimensionar o tamanho da Justiça brasileira, tais como o *Justiça em Números* e o *Justiça Aberta*, este último a cargo da Corregedoria Nacional, e estabeleceu metas a serem seguidas pelos tribunais. Tentou, outrossim, democratizar a burocracia daquele Poder criando

os recursos para que se abrisse ao controle social, descuidando-se, todavia, de prever mecanismos de participação em deliberações e de ausculta dos resultados efetivamente obtidos pelos destinatários das ações empreendidas (*feedback*), os quais deveriam servir como vetores para a redefinição da estratégia e das metas da organização. Em outras palavras: buscou-se um resultado quantitativo, mas não há qualquer previsão de um procedimento dentro do sistema para verificar se a instituição está, de fato, gerando o resultado qualitativo que deve ser esperado. Imperioso anotar que não é possível fazer juízos de valor consistentes quando se reduz o campo de observação de processos cujos níveis de complexidade são muito elevados: há que se levar em consideração que a expectativa externa que se apresenta ao Judiciário é a de que ele funcione como instância moral, que não se expressa apenas nas demandas de cláusulas jurídicas, mas também na confiança reinante da população na justiça (MAUS, 2010, p. 23). A introdução de *aspectos morais* e de *valores* a serem observados pelo Judiciário dota este não só de um protagonismo no jogo democrático, mas também de uma igual responsabilidade de criar mecanismos para que seja passível de críticas, de modo que seja factível verificar se, efetivamente, está alinhado com as aspirações constitucionais. Afinal, o Judiciário, como ente estatal, não se legitima pela sua só existência, mas pelos resultados profícuos que traz para a sociedade. Nas palavras de GORDILHO (2001, pp. 84-85), “um sistema administrativo pode se afigurar a um jurista uma magnífica arquitetura de construção da ordem, mas se a comunidade a que ele serve não tem a mesma percepção, o sistema não tem valor, donde uma das primeiras causas possíveis de um parassistema”.

Amartya Sen (SEN, 2011, p. 117), na obra *A idéia de Justiça*, referindo-se às instituições e ao processo substancial democrático, assevera que a sociedade não pode simplesmente entregar a tarefa da justiça a algumas das instituições e regras sociais que entende como precisamente corretas e depois aí descansar, libertando-se de posteriores avaliações pessoais ou de moralidade. Precisamente quanto ao papel das instituições nesse jogo democrático, preconiza, ainda, que “a democracia tem de ser julgada não apenas pelas instituições que existem formalmente, mas também por diferentes vozes, de diversas partes da população, na medida em que de fato possam ser ouvidas”.

Não é ocioso consignar, outrossim, que o ritmo incessante que conduz o objetivo de se cumprirem metas, pontuais e fragmentadas de um todo existente, leva a essa entropia que se observa no Poder Judiciário. Movido pelo presente e saturado pelo instantâneo, vive o Judiciário como se o passado não tivesse nada a dizer e o futuro fosse demasiado incerto para ser construído. Assim, dedica todos os esforços e atenção à tramitação daqueles processos estabelecidos em metas fragmentadas, desviando a atenção para todo o acervo existente, que, um dia, se o administrador de plantão não mudar de direção, integrará as novas metas que vierem a ser editadas. Com isso, legitima-se a ausência de uma política administrativa sustentável e continuada junto àquele Poder, posto que, cumprindo os atos administrativos expedidos

pelo CNJ, sente-se o Judiciário confortável e também desestimulado a procurar encampar uma política judiciária racional e eficiente, que o leve a sair desse círculo vicioso rumo a um conjunto de práticas de boa administração que o conduza a um desejado círculo virtuoso.

O artigo 37 da CF, com a redação da EC nº 19/1998, vinculou a promoção de magistrados pelo critério de merecimento à aferição de seu desempenho, segundo critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento *em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento*. A capacitação é, portanto, a tônica da política administrativa implementada a partir da Constituição, sendo exigida deste o vitaliciamento. Nesse passo, a Escola de Magistrados, vinculada ao STF, editou a Resolução nº 02/2007, considerando o período de vitaliciamento como etapa do concurso de ingresso da magistratura.

Iluminado pelas novas diretrizes constitucionais, atentou o CNJ para a necessidade de sistematização de aspectos relacionados à capacitação do magistrado. No que se refere à seleção, formação e aperfeiçoamento dos juízes, foi editada a Resolução nº 64/2008, que dispõe sobre o afastamento de magistrados para fins de aperfeiçoamento profissional, a que se refere o artigo 73, I, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Também fez editar a Resolução nº 75/2009, na qual regulamentou de forma minudente o concurso público a ser realizado por cada tribunal para seleção de magistrados, deixando a seu cargo, ainda, a preparação da fase de formação, *na qual deverão ser ministradas matérias próprias das Ciências Sociais*, sem denotar, contudo, qualquer preocupação com as *ciências afetas à temática da administração judiciária*. Intenta-se, assim, dar ao futuro magistrado formação tão-somente humanitária, de todo necessária, olvidando-se daquelas que agregariam valor no exercício de suas funções administrativas, enquanto gestor.

Desse conjunto de normas, do qual se depreende que foi preterida a importância da questão da expertise necessária para administrar as complexas variáveis relacionadas à função administrativa judiciária, destaca-se também a Resolução do CNJ de nº 49/2007. Por meio deste ato normativo previsão para que os órgãos do Poder Judiciário relacionados no art. 92, incisos II ao VII da Constituição Federativa do Brasil, passassem a organizar em sua estrutura unidade administrativa competente para *elaboração de estatística e plano de gestão estratégica do Tribunal*. Assevera, ainda, que a referida unidade será composta preferencialmente (e não obrigatoriamente) por servidores com formação em direito, economia, administração, ciência da informação, *sendo indispensável servidor com formação em estatística*. Tal órgão terá a incumbência de enviar dados para o CNJ, quando solicitado, a fim de instruir ações (decerto de forma monopolítica, vale dizer, sem qualquer participação dos atores sociais) na política judiciária nacional. Pelo teor daquele documento, enfim, observa-se que o objetivo da unidade de estatística e de gestão estratégica é tão-somente munir os detentores do poder de deliberação dos resultados em número

mensurados, a fim de que se possa proceder a uma avaliação institucional quanto ao número de processos julgados e aqueles ainda pendentes de julgamento para que, ao final, sejam promovidas ações que visem a otimizar o julgamento do acervo exponeencial remanescente. Observa-se dessa sistemática que não há qualquer compromisso com o resultado quantitativo obtido. Para atingir a qualidade de que se está a falar, faz-se necessária, como assaz mencionado, a competência gerencial, não somente para planejar e implementar ações que visem à obtenção da qualidade do serviço, quanto para auscultar os resultados e as informações (*feedback*) durante e após a implementação, e retroalimentar o sistema para corrigir os eventuais desvios, que sempre ocorrem, particularmente quando o que se está em jogo é um sistema social.

Imperioso consignar que, caso não haja uma mudança de cultura que passe, necessariamente, pela formação dos profissionais de direito, nenhuma reforma que se pretenda será bem sucedida. Nessa esteira, seria de bom alvitre que as Escolas da Magistratura dedicassem parte de seu conteúdo programático a essa questão.

Rogério Bento (NASCIMENTO, 2008, p. 194), ao discorrer sobre os obstáculos enfrentados para a concretização de uma aspirada reforma do sistema de gestão do Judiciário, apontou como uma das causas a prevalência do que ele denominou de uma “*contaminação de lógica instrumental*”. *In verbis*:

[...] Um segundo problema é o que eu chamo de *contaminação de lógica instrumental*. Trata-se de pensar a prestação única e exclusivamente a partir da perspectiva de seus agentes. Ou seja, olhando para dentro da prestação jurisdicional, sem olhar para seu resultado em relação à sociedade. Significa fazer uma reflexão limitada ao atendimento das próprias estruturas corporativas envolvidas na prestação jurisdicional, preocupada apenas com o que é bom para o melhor funcionamento do ponto de vista do agente público, sem levar em conta o que seja um bom funcionamento pela perspectiva da sociedade, do participante dos processos levados ao Judiciário. Essa visão, muito comum, costuma reduzir o debate sobre reforma da gestão do sistema judiciário a uma discussão *sobre como reduzir a demanda por julgamento ou como agilizar o atendimento à demanda existente, sem tocar no problema da qualidade da prestação jurisdicional*.

Apesar dessas considerações, deve-se aplaudir o fato de que o Judiciário tem ensaiado sair do seu hermetismo ao estabelecer, por exemplo, convênios com o objetivo de melhorar os seus serviços. Nesse sentido o convênio firmado, em 2009, com o Banco Central do Brasil, que contou com o apoio da Federação Brasileira dos Bancos, com o objetivo de aprimorar o sistema BACEN-JUD, revolucionando o sistema de penhoras até então utilizado. Esse é um exemplo de que as parcerias formadas pelos diversos atores sociais são muito bem-vindas, quando o que se está em foco é otimizar os procedimentos e reduzir os custos empregados na sua realização

para se obter um resultado organizacional de excelência.

Outras ações foram adotadas pelo CNJ – das quais destaca-se o Movimento pela Conciliação –, o qual também editou inúmeras resoluções para resolver ou minorar problemas que muito afligem a população e que envolvem o cumprimento dos princípios elencados no art. 37 da Constituição da República. Todas essas iniciativas são louváveis, mas ainda são pontuais e esparsas, e não surtiram o efeito esperado de prestar, de forma sustentável, duradoura e integrada ao sistema de justiça uma prestação jurisdicional de qualidade, decorrente da melhoria contínua do sistema. As ações de mutirões, por exemplo, apesar de importantes, não cumprem esse papel: *são metas de manutenção do próprio sistema vigente*. É preciso que tal medida não seja importante de *per si*, mas porque assim foi considerada dentro de um sólido e racional planejamento estratégico, que leve em conta todas as interfaces do sistema. Sendo importantes para o sistema judicial, aquelas ações não devem ser ocasionais, mas continuadas, até quando consideradas benéficas ao sistema judiciário e à sociedade. O mesmo se diga à questão do fomento dos demais meios complementares de acesso à Justiça.

Quanto ao resultado das medidas (fragmentadas) adotadas pelo CNJ, a Ministra Eliana Calmon (CALMON, 2012, p. 7), no final do seu mandato frente à Corregedoria do CNJ, afirma, com um certo desalento, que:

As metas ainda estão sendo cumpridas, aqui e ali, com as dificuldades de sempre, falta de recursos financeiros, falta de pessoal, servidores despreparados e, na minha visão, em muitas situações falta de crença na possibilidade de mudar com atitude e determinação, ingredientes primeiros para qualquer alteração que se queira implementar.

A cada ano o CNJ faz uma avaliação do cumprimento das metas e, a partir daí, divulga os resultados da atuação de cada Tribunal, com total transparência, estimulando o empenho dos Tribunais. Entendemos lento, bem lento, o enfrentamento e cumprimento das metas, mas o certo é que o trabalho já começou e prossegue.

Com a Constituição de 1988, cujo texto é abundante em normas programáticas, marcado pela redemocratização e pelo constitucionalismo que inseriu o Judiciário no centro da arena pública, a demanda pelo serviço público de justiça, já se anotou, aumentou vertiginosamente. De fato, consoante o Relatório *Justiça em Números 2011*, publicado em outubro de 2012 (CNJ, 2012, pp. 447-448), a tramitação total da movimentação processual em todos os ramos do Judiciário nacional (exceto no STF e Conselhos), alcançou, naquele ano, cerca de 90 milhões de processos. Desse quantitativo 71% já estavam pendentes desde o início do ano e os processos restantes ingressaram durante o ano, valendo isso a dizer que o montante apurado equivale à soma dos casos novos e dos casos pendentes que aguardam o

juízo pelo Judiciário de nosso país. Esse acervo exponencial, frente a uma instituição que pouco se modernizou – apesar da ampliação de despesas orçamentárias e de servidores – causou um déficit gradativo de processos entrados e processos julgados, resultando no conhecido congestionamento da justiça, ante a formação de um acúmulo de processos à espera da prestação jurisdicional; esse acúmulo foi denominado pelo CNJ de *taxa de congestionamento* e tem como finalidade mensurar se a Justiça consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, ou seja, se as novas demandas e os casos pendentes de períodos anteriores são finalizados ao longo do ano. O referido relatório aponta que o índice global da taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro é de 73,6%, percentual que aumentou em cerca de 3,6% em relação a 2010.

Diante dessa perspectiva que aponta para um demandismo avassalador, impende ressaltar que a morosidade judicial se mostra como o principal fator de desencanto social, posto que a justiça tarda e, considerando esse só fato, pode simplesmente falhar. A prestação jurisdicional a destempo corrói a própria autoridade do Poder Judiciário, afastando dos tribunais grande parte da população.

Questão que afeta profundamente o desenvolvimento econômico e social de um país é a capacidade do Judiciário de se apresentar como uma instância legítima na solução de conflitos que surgem no ambiente social, empresarial e econômico. Partindo dessa premissa, foi criado pela FGV o Índice de Confiança na Justiça no Brasil - ICJBrasil, que é um levantamento estatístico trimestral de natureza *qualitativa*. Tal índice objetiva retratar o grau de “confiança” da população no Poder Judiciário, vale dizer, se o cidadão acredita que aquela instituição cumpre a sua função com *qualidade*, se faz isso de forma em que os benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia a dia do cidadão comum. A comunidade alvo daquela pesquisa é constituída de habitantes, com 18 anos ou mais, de oito unidades federativas (UF): Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal, que juntas representam aproximadamente 55% da população do país, segundo dados do Censo 2010 do IBGE. Pois bem, o relatório ICJ-Brasil do 4º trimestre de 2012, disponibilizado no sítio eletrônico da FGV no 1º trimestre de 2013, (FGV, 2013, p. 12-16) demonstra que:

- 1) 50% dos entrevistados já utilizou os serviços do Judiciário.

Esclarece aquele estudo que as ações apontadas pelos entrevistados relacionam-se aos anos anteriores a 2000 (10%), aos anos de 2000 a 2006 (21%) e 2007 a 2010 (69%); que, relativamente à satisfação com o Poder Judiciário, segue a tendência que vem sendo observada nos períodos anteriores no que diz respeito à má avaliação do Judiciário como prestador de serviços públicos: para 90% dos entrevistados o Judiciário é moroso, resolvendo os conflitos de forma lenta ou muito

lentamente. Além disso, 79% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 69% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. Outros dois problemas apontados pelos entrevistados são a falta de honestidade (64% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto) e a parcialidade (62% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente). Não obstante a má percepção do Judiciário, a maioria dos entrevistados em questão declarou que procuraria o Judiciário para resolver os conflitos em que foram envolvidos.

2) 37% dos entrevistados declara confiar no Poder Judiciário.

Comparando a confiabilidade no Poder Judiciário com a confiabilidade nas outras instituições (Partidos Políticos, Congresso Nacional, Ministério Público, Polícia, Governo Federal, Imprensa escrita, Grandes empresas, Emissoras de TV, Igreja Católica, Forças Armadas), depreende-se do relatório em questão que o Poder Judiciário só é mais confiável que as Emissoras de TV, o Congresso Nacional e os Partidos Políticos, tendo ficado abaixo do patamar da Polícia.

Para aqueles que não acionariam o Judiciário, ainda que houvesse necessidade, o argumento mais frequente relaciona-se aos aspectos *da administração da justiça*, considerando que 65% não o fariam por julgarem que a resolução do problema demoraria muito, que seria caro ou porque não confiam no Judiciário para a solução dos conflitos.

Alinhados com os dados estatísticos que demonstram o baixo índice de confiabilidade da população na Justiça, Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes (SADEK; ARANTES, 1994, p. 39), avaliando o quadro de *crise do Judiciário*, observam que esta debilidade torna-se ainda mais gritante quando se leva em consideração que apenas cerca de 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de conflito dirigem-se àquele ente estatal em busca de uma solução para seus problemas. Tal dado é extremamente preocupante, uma vez que indica tanto um descrédito na justiça quanto o fato de que, se a maior parte daqueles que poderiam recorrer ao Judiciário o fizessem, o sistema estaria próximo ao colapso.

Apresentado o *panorama da crise da Justiça brasileira*, é preciso asseverar que: a) elaborar políticas públicas no intento de concretizar o princípio da *boa administração*, passa necessariamente pelas reformas legislativas, que têm ocorrido em larga escala, mas não só. A razoável duração processual, por exemplo, não é uma oferta, ou melhor, um resultado que se busca pelo fim, mas desde a gênese do processo. Partindo dessa proposição, a tempestividade será uma realidade que se concretizará em todo o *iter* processual; b) devam existir *estatísticas qualitativas* idôneas que avaliem o desempenho do Judiciário e, principalmente, que seus dados sejam efetivamente considerados como indicadores para se buscar a alta performance do seu sistema como um todo: da atividade meio à atividade fim.

Em uma situação de crise, como a que se enfrenta no Judiciário e em outras áreas da Administração Pública, não se pode mais admitir a ação episódica, apoiada na metodologia do ensaio e erro, sendo imperioso que a gestão se opere através de ações estrategicamente planejadas com adequação aos meios e necessidades diagnosticadas na realidade. A expertise necessária para lidar com o tema *gestão* tem sido olhada com muito preconceito, o que pode ser concebido como verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento racional da administração judiciária. Não há mais espaço para se insistir no modelo técnico-burocrático, ou, ao menos, para se insistir naquilo que o referido modelo apresenta de disfuncionalidade. Urge que se construa o Judiciário democrático, aberto à ampla participação da sociedade e com magistrados, principalmente da alta cúpula, adremente preparados para que não só entendam os novos signos das modernas técnicas de gestão pública, mas também que compreendam a necessidade de sua aplicação na política da administração judiciária e, uma vez internalizada essa cultura, passem a ter uma visão sistêmica, integrada de seu funcionamento, saindo do isolamento científico, metodológico e *racionalizado*, sendo considerado este último predicado, contemporaneamente, como verdadeira patologia que conduz à simplificação do saber. De fato, a *racionalização*, segundo MORIN (2011, p. 70), encerra o real em um sistema de ideias coerentes, fato que induz a que seja ignorada a ação dialógica da racionalidade. Com efeito, tudo aquilo que, no mundo real, contradiz aquele sistema coerente é afastado. Prossegue o filósofo afirmando que, com frequência, a racionalização se desenvolve na própria mente dos cientistas e que se deve lutar cem cessar contra a deificação da razão, sendo esta, entretanto, a única ferramenta confiável, à condição de ser não só crítica, mas autocrítica.

Construído esse novo cenário, decerto se suavizarão, ou quiçá, desaparecerão os contornos liberais absolutistas do Judiciário, dando lugar àqueles próprios de um Estado democrático de direito, que conclama não ser lícito ao jurista se abrigar atrás dos muros da técnica dogmática e formalista para isentar-se da responsabilidade, que é sua, em relação à sociedade. Toda a sua ação e visão devem ser orientadas para esta, para o bem comum e nunca para seu próprio interesse. Tem-se a semente de um raciocínio que – quiçá – até o final do século XXI se desenvolverá por completo: a de que a legitimidade do agir estatal repouse não só no fato de que sua ação se encontre coerente com o que preconiza a lei (ou na oferta de serviço público que reverencie tão-somente a quantidade), mas também na sintonia com seus compromissos finalísticos e nos resultados qualificativos alcançados a partir de suas estratégias racionais e eficientes de atuação. Esperemos, pois, que o pêndulo da história se movimente.

CONCLUSÃO

A existência de uma crise no Poder Judiciário é consenso. A questão, no entanto, é que, diante da necessidade de se traçarem estratégias para superá-la, são

muitas as vozes que se levantam propondo caminhos diversos e muitas soluções são asseveradas. A perquirição é complexa e não se esgota, por certo, numa ou noutra solução, considerando que diversas são as concausas que interferem no sistema, devendo crescer a consciência de que nenhuma ação e saber isolados são capazes de dar resposta efetiva ao problema. Se não faltam remédios, o mesmo não se diga quanto à disposição de aglutiná-los de forma racional, eficiente e, sobretudo, a partir da participação cívica. O estudo aponta como resistência passiva às propostas de mudança a censura judicial desenvolvida sob forte inspiração de aplicação de velhos paradigmas às novas realidades, mantendo os gestores do Judiciário frente a estas uma postura conservadora, orientada pela obsoleta concepção de ser o Estado o único detentor do conhecimento necessário para gerir as atividades que lhe são inerentes. Tal postura funciona como bloqueio à exploração das propostas de novos modelos relacionais, como o da *governança*, assim como de um modelo de *gestão da qualidade* e, como resultado do emprego deste, de ações políticas permanentes, como a de fomento aos meios complementares de acesso à justiça, que poderiam estar sendo empregados para a obtenção de uma maior eficiência da administração judiciária. Tudo a partir do indispensável aproveitamento da expertise de agentes qualificados ao enriquecimento do processo de decisão e de uma alta cúpula devidamente preparada para a elaboração de estratégias que levem em conta não só o aspecto quantitativo, mas a qualidade do serviço prestado à sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 19. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 9. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOURGON, Jocelyn. *New Governance and Public Administration: Towards a Dynamic Synthesis*. Disponível em: http://jocelynebourgon.com/documents/Governance%20Paper-Canberra%20_Feb_16_v21%20_PMilley%20Edits_.pdf. Acessado em: 15.05.2013.

BUENO, Marcos. *Gestão pela Qualidade Total: uma estratégia administrativa*. Um tributo ao mestre do controle da qualidade total, Kaoru Ishikawa. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0210.pdf>. Acessado em: 14.05.2013.

CALMON, Eliana. *CNJ e democratização do Poder Judiciário*. Revista Interesse

Nacional, de 03/01/2012, pp. 1-13. Disponível em: <http://interessenacional.uol.com.br/2012/01/cnj-e-democratizacao-do-poder-judiciario>. Acessado em: 15.05.2013.

CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC: Controle da Qualidade Total (no estilo japonês)*. Belo Horizonte, MG: Bloch Editora, 1992.

CARAVANTES, Geraldo R.; CARAVANTES C.; BIJUR, W. *Administração e Qualidade: a superação dos desafios*. São Paulo: Makron Books, 1997.

CNJ, Relatório em Números 2011, publicado em outubro/2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acessado em: 11.08.2013.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 13.05.2013.

FGV, Índice de Confiança na Justiça - ICJ- Brasil. 4º trimestre de 2012. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10754/Relatorio_ICJBrasil_4TRI_2012.pdf?sequence=1. Acessado em: 12.08.2013.

GAZ, Ricardo; Santana, Talita Gomes de. *Unidos pela qualidade*. Rio de Janeiro: COP Editora Ltda., 2004 (Artigo publicado na Revista Tendências do Trabalho, edição nº 355).

GORDILHO, Austin A. *La administración paralela*. 3. reimp. Madrid: Cuadernos Civistas, 2001.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acessado em: 13.05.2013.

JURAN, Joseph M.; GRYNA, Frank M. *Controle da qualidade*. São Paulo: Makron, McGraw-Hill, 1991.

MACIEIRA, Maria Elisa; MARANHÃO Mauriti. Como implementar a gestão em unidades judiciárias. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/19-volume-1-numero-2-trimestre-01-01-2010-a-31-03-2010/93-a-resolucao-dos-conflitos-e-a-funcao-judicial-no-contemporaneo-estado-de-direito-nota-introductoria>. Acessado em: 15.05.2013.

MAUS, Ingborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORIN, Edgard. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Reforma de sistemas de gestão na

área de Justiça. In *Política de Gestão Pública Integrada*. Bayma de Oliveira, Fátima (org). Rio de Janeiro: FGV, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3. ed. Santa Catarina: Editora Diploma Legal, 2007.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Morosidade da Justiça: Crise do Judiciário ou crise do Estado? O Estado do Paraná*. Edição de 10/07/2008.

SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. *A crise do judiciário e a visão dos juízes*. Revista USP, nº 21. São Paulo: USP, mar-abr. 1994.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

THE WORLD BANK. *Governance: the World's Bank Experience (Development in Practice)*, 1992, p. 14. Disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1994/05/01/000009265_3970716142854/Rendered/PDF/multi0page.pdf. Acessado em: 12.10.2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

