



FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 5, n. 2 - 2015

ISSN 2179-8222



FACULDADES SANTO



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2179-8222

Editor

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso



**FACULDADES
SANTO AGOSTINHO**

FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca (Faculdade UBRES – Bahia)

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant (Universidade Estadual de Montes Claros – Minas Gerais)

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

Editoração Gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Capa

Adriano Magno de Freitas

Maria Rodrigues Mendes

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 5, n. 2, 2015 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2015-

v. : il. 21 x 29cm.

Semestral

ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

Ficha catalográfica elaborada por Edmar dos Reis de Deus CRB6 2486.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
---------------------------	---

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

A LIBERDADE DE CRENÇA E AS QUESTÕES ATUAIS SUSCITADAS A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DESSE DIREITO NO ESTADO BRASILEIRO Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales.....	13
--	----

O DIREITO A DIVERSIDADE COMO O FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E DE UMA NOVA SOCIEDADE José Luiz Quadros de Magalhães	23
---	----

JUS POSTULANDI: efetivo acesso à justiça na órbita justralhista? Rafael Soares Duarte de Moura Camila Almeida Peixoto Batista de Oliveira.....	43
--	----

INICIAÇÃO À TEORIA DA JUSTIÇA Waldir de Pinho Veloso Elton Dias Xavier.....	67
---	----

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE

A MULHER COMO SUJEITO ATIVO NO CRIME DE ESTUPRO E O ABORTO SENTIMENTAL Ana Paula Cardoso.....	79
--	----

O DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO: o conflito presente no caso das biografias não autorizadas Clarissa Rodrigues Soares Eduardo Henrique de Freitas.....	89
---	----

A PETIÇÃO INICIAL SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Diana Alves Câmara.....	95
---	----

OS NOVOS RUMOS DA ARBITRAGEM Washington Henrique de Oliveira.....	105
--	-----

ARTIGOS DE EGRESSOS

BREJO DOS CRIoulos: efetivação e reconhecimento de Direitos a partir do que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Aurindo José Ribeiro.....	115
--	-----

AUTOR CONVIDADO

MARX E OS OUTROS

Jean Tible.....	125
-----------------	-----

ARTIGO 357 DO CPC (ÔNUS DA PROVA): despacho saneador na Justiça do Trabalho?

Lorena de Mello Rezende Colnago.....	139
--------------------------------------	-----

CRIMINALIDADE COMPLEXA: os novos desafios enfrentados pelo Direito Penal Clássico após a globalização

Márcio Ricardo Ferreira.....	149
------------------------------	-----

REGRAS PARA PUBLICAÇÃO.....	165
------------------------------------	------------

APRESENTAÇÃO

A Revista Eletrônica Fas@Jus, veículo de divulgação jurídica do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, nasceu para dar vazão às publicações científicas dos Professores e Acadêmicos vinculados ao Curso em referência.

Os espaços abertos aos integrantes de outras Instituições de Ensino Superior, bem como a oportunidade de serem alguns autores convidados a terem seus textos científicos inseridos em tal veículo, trazem dupla oportunidade: uma delas, o fato de a Revista Fas@Jus se mostrar recheada de material de qualidade, em soma ao produzido pelo corpo interno da Faculdade de Direito Santo Agostinho; e, também, como forma de proporcionar aos leitores a oportunidade de conhecer um amplo e variado pensar que o Direito oferece. Afinal, quanto mais opiniões externadas, mais possível é o acréscimo de conhecimento; quanto mais variado for o campo físico (território de um enorme Brasil) de atuação dos autores dos textos, mais possível se torna a possibilidade de as interpretações das leis se externarem sem sotaques regionais.

Tendo proposta de periodicidade semestral, a cada volume e número levados a efeito, carregados se mostram, cumulativamente, de muita alegria do seu corpo Editorial e outros que fazem com que este trabalho seja mostrado ao público.

Assim, tornado a alegria por si só, é este momento de lançamento do volume 5, número 2, da Fas@Jus, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

O espaço destinado aos Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho está muitíssimo bem representado. A inserção dos autores, na seção, dá-se pela ordem alfabética.

Para começar, a **Professora Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales** apresenta um texto científico em que mostra a pesquisa que fez quanto ao elo Estado-Religião e seu desenlace durante os vários séculos em que há Constituição própria no Brasil. Ao escrever sobre “A Liberdade de Crença e as Questões atuais Suscitadas a partir da Constitucionalização desse Direito no Estado Brasileiro”, a autora faz uma incursão aos tempos da Constituição do Império e a sua proibição de cultos religiosos em caráter público. Depois, traça a evolução do tratamento constitucional durante o aparecimento das demais Constituições que tiveram vigência no Brasil até desembocar na Constituição

Federal de 1988, exatamente a que, de forma explícita, não somente desvincula Estado e Igreja, como também, proíbe ao Estado interferir – inclusive fixando imunidade tributária, como forma de garantir que o Poder Estatal não interfira na Igreja – na criação de grupos religiosos, na manifestação da crença, e, por questão de foro íntimo, até o direito de alguém não somente professar a fé que quiser como, também, manifestar o direito de não professar fé alguma.

Outro texto imponente tem a autoria do **Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães**. Com a experiência e competência de quem já é autor participante de meia centena de livros e quase três centenas de artigos científicos, o Professor Doutor inova quanto ao tema do Estado Plurinacional e a análise da composição de um Estado por diversos povos e diversas nações, para completar o desafio científico sobre os Direitos das Minorias. Assim, há falas sobre o Direito à Igualdade, há o questionamento de o que é a igualdade e com quem se pode comparar para se dizer igual ou diferente, o Direito à Diferença, o Direito à Diversidade e outros tópicos. Por sinal, um aglomerado de informações históricas e o questionamento à história quanto à formação do povo em diversos continentes, quase todos dominados pela Europa e, portanto, tido como sem personalidade própria, pelo fato de inculcar nos povos que o sistema europeu é o apropriado e que, portanto, quem não se tornar igual ao europeu, será diferente. A quantidade de livros citados, alguns com análise dos seus conteúdos quanto ao tema exposto, somente não se pode dizer “impressionante” porque já se espera de um pesquisador estas condições, estas qualidades, estes estudos.

Com ar filosófico, ao cuidar do Direito, o **Professor Mestre Rafael Soares Duarte de Moura** comparece com o texto científico denominado “*Jus Postulandi*: efetivo acesso à justiça na órbita justalabalhista?”. Desta vez, tem a parceria da **Professora Mestre Camila Almeida Peixoto Batista de Oliveira**. O resultado da parceria é valioso. Ligada à área da Justiça do Trabalho, a segunda autora relacionada colabora, precipuamente, na parte em que as questões deste ramo do Direito são trocadas em miúdos. E, em uma demonstração de que é possível, sim, um trato filosófico para a Justiça Obreira, o primeiro autor é

o principal na parceria quando mostra um tom de Filosofia do Direito. A união dos conhecimentos, profundos, de cada área, somam-se com a harmonia própria de quem domina as palavras, coordena bem as ideias, argumenta tom sobre tom em todos os segmentos. Assim, o artigo científico se mostra colorido de uma linguagem acessível, um assunto amigável, um tema cujo conhecimento está disponível, agora, para que todos se completem em seu estoque de saber necessário ao bom aplicador do Direito.

Em uma demonstração de que Pesquisador somente é quem está publicando constantemente, o **Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**, em parceria com o **Professor Doutor Elton Dias Xavier**, escrevem o texto “Iniciação à Teoria da Justiça”. O texto faz um leve referência a de diversos autores, de diversas partes do tempo, que ou escreveram sobre “Teoria da Justiça” ou mesmo criaram a disciplina. E, por último, foca em uma modalidade de Justiça, a denominada “Justiça Particular” e suas duas subdivisões: Justiça Comutativa e Justiça Distributiva. E mostra cada uma destas duas subdivisões presentes nos textos de algumas leis e da Constituição Federal de 1988. Traz, portanto, o artigo científico, a Filosofia do Direito para o pronto entendimento de cada um dos leitores, em razão da linguagem empregada e da ligação imediata de tudo que é filosófico ao Direito. Assim, o profissional do Direito mais facilmente entenderá o porquê de o estudo da Filosofia presente na estrutura curricular dos Cursos de Direito de todo o mundo.

Sempre é necessário destacar que a Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, é uma das únicas publicações científicas do Brasil que destinam um espaço para publicação científica dos seus Alunos. O que prova, a cada semestre, que a pesquisa científica, no âmbito da Instituição, é incentivada. Quando se diz que o tripé de uma Instituição é composto pelo Ensino, Pesquisa e Extensão, poucas Instituições têm como mostrar que cuidam da Pesquisa. O Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho traz a proposta (em sua Missão Institucional) de *iniciação à pesquisa* tem, sim e comprovadamente, incentivo.

Em ordem alfabética pelos nomes dos autores, aparece a **Acadêmica Ana Paula Cardoso** que, sob o manto do tema “A Mulher como Sujeito Ativo do Crime de Estupro e o Aborto Sentimental”, mostra, inicialmente, o crime de estupro segundo a roupagem inicial do Código Penal para, depois,

mostrar que o novo trato do tema fez com que também o homem pudesse ser vítima de estupro. E mostra, em uma visita aos noticiários (a doutrina pouco cuida do tema, tendo sido necessário fazer pesquisa nas notícias sobre o assunto), que em várias partes do planeta há denúncia de mulheres estuproando homens.

Em seguida, aparece o texto da **Acadêmica Clarissa Rodrigues Soares** em parceria com o **Acadêmico Eduardo Henrique de Freitas**. A dupla trata do tema “O Direito à Liberdade de Pensamento e Expressão: o conflito presente no caso das biografias não autorizadas”, para mostrar, como o título especifica, muitos detalhes acerca do direito de informação por parte do público, o direito de expressão constitucionalmente garantido e, tudo isso, em face ou como contrarrazões ao fato de alegarem os biografados que têm sua vida privada e sua intimidade expostas, muitas vezes, com o fito de obter remuneração “em cima da fama alheira”, por parte dos autores.

Quem também escreve é a **Acadêmica Diana Alves Câmara**, que, em momento de transição do Código de Processo Civil de 1973 para o Código de Processo Civil de 2015, faz um estudo sobre a Petição Inicial no novo Código dos Ritos. A semelhança e inovações em relação às disposições, quanto à petição inicial, entre os dois Códigos são demonstradas por meio de muita citação doutrinária. Por sinal, vale lembrar que ainda que possam pensar que há transcrição de doutrina em grande quantidade, há validade, pois indica que houve o crédito aos autores e, não, cópia de textos alheios como se fossem de autoria própria.

Da sua parte, o Acadêmico **Washington Henrique de Oliveira** escreve sobre “Os Novos Rumos da Arbitragem”, dispondo-se a responder ao questionamento: “estaria o Brasil caminhando para a institucionalização da Justiça privada?”. Depois de falar sobre mediação, conciliação e arbitragem, conclui o Acadêmico que, de fato, a Justiça brasileira passa por um período de desjudicialização de vários segmentos. Mas, dá ênfase à desjudicialização pelo formato da arbitragem, descendo a detalhes quanto à Lei 9.307, de 1996.

A Revista Eletrônica Fas@Jus tem um compromisso com o Acadêmico que se estende para a época em que ele, já graduado, já é um operador do Direito. Desta forma, há a seção denominada “Artigos Científicos de Egressos”, que, no presente volume 5, número 2, é ocupada pelo **egresso Aurindo José Ribeiro**. O autor

escreve um texto que mescla Sociologia com Direito e História, ao comentar sobre “Brejo dos Crioulos: efetivação e reconhecimento de Direitos a partir do que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Brejo dos Crioulos é pesquisada como uma localidade norte-mineira que é formada por quilombolas. O texto faz uma análise sociológica da questão quilombola e mostra o que a Constituição Federal de 1988 trouxe de benefício aos formadores iniciais do Brasil. Mas, principalmente, demonstra as lutas que tiveram os nativos regionais de levar a efeito para que os ditames constitucionais fossem implantados, pelo menos em seus mais básicos e iniciais benefícios.

A seção “Autor Convidado” é ocupada por três convidados de especiais naipes. O primeiro deles, em ordem alfabética, é **Jean Tible**, que é **Doutor e Mestre** em Sociologia e Professor no Curso de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (USP). Jean Tible é, sem dificuldade de garantir, o brasileiro que detém mais conhecimentos sobre Karl Marx e suas obras. Ligados aos movimentos sociais, coautor do livro “Junho: potência das redes e das ruas”, seu mais recente livro é “Marx Selvagem”. Para a Revista Fas@Jus, Jean Tible escreveu o artigo científico “Marx e os Outros”, um estudo profundo sobre o autor que influenciou o mundo nos últimos 150 anos e é o mais estudado dos autores em todos os cursos de Ciências Sociais de todo o mundo.

A seção se mostra insuperável também com o texto de autoria de **Lorena de Mello Rezende Colnago**. A autora é **Mestre** em Direito e Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, além de membro da Rede Latino-Americana de Juízes (RedLaj) e do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho. Por sinal, é

coordenadora de um grupo de discussões, de nível nacional, sobre Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, que congrega os maiores pensantes da área trabalhista, em debates acessíveis aos demais participantes do grupo. A autora escreve, para Fas@Jus, sobre o tema “Artigo 357 do CPC (ônus da prova): despacho saneador na Justiça do Trabalho?”, fazendo a ligação da parte do Código de Processo Civil que se aplica ao Processo do Trabalho.

Para fechar a seção, a ordem alfabética reservou ao autor **Márcio Ricardo Ferreira** a oportunidade de escrever, também exclusivamente para Fas@Jus, o texto denominado “Criminalidade Complexa: os novos desafios enfrentados pelo Direito Penal Clássico após a globalização”. **Mestre** em Direito, o autor esteve no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho ministrando palestra e lançando um seu livro, e, na oportunidade, deixou o artigo que acabara de escrever, versando sobre o Direito Penal não em nível local ou regional, mas em face da complexidade de um mundo sem fronteiras, global e unificado em que estamos presenciando.

Todo este conjunto de autores, presentes na Fas@Jus, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho que é identificada como Volume 5, número 2, torna esta a mais densa das Revistas dos cinco anos de existência deste veículo. O que consolida a sua posição de veículo jurídico de destaque e penetração em várias partes do Brasil. A localização dos autores convidados, por exemplo, demonstra a capilaridade e consagra o respeito conquistado pela e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant
Editor

***ARTIGOS DO
CORPO DOCENTE***

A LIBERDADE DE CRENÇA E AS QUESTÕES ATUAIS SUSCITADAS A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DESSE DIREITO NO ESTADO BRASILEIRO

Cynthia Mirella Cangussu Fernandes Sales¹

RESUMO

O direito de crença, inicialmente cerceado no país pela imposição estabelecida na Constituição Imperial, ganhou contornos de Liberdade Fundamental com a Constituição da República Federativa de 1988, ainda tem suscitado algumas questões que têm sido apreciadas com regularidade pelos Tribunais pátrios. Assim, o presente estudo tem por objetivo, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstrar o direito de crença no Constitucionalismo brasileiro, sua consequente proteção estabelecida na legislação infraconstitucional para a efetivação dessa liberdade, bem como demonstrar as questões suscitadas na atualidade sobre o tema na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Palavras-chave: Crença. Liberdade. Constitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

O direito de crença no Brasil, cerceado no Brasil Imperial pela determinação Constitucional, a qual ordenava a religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Império, foi ganhando *status* de liberdade a partir das Constituições que se seguiram.

Com a primeira Constituição Republicana do país, tem-se o desmembramento do Estado e da Igreja Católica, e, portanto, tem-se nesse evento a possibilidades de aceitação da livre manifestação da crença, desde que seus rituais não ferissem os bons costumes ou a ordem pública.

Nas Constituições que vieram à luz nas épocas seguintes, alguns pontos foram acrescidos, com o permissivo constitucional de maior liberdade de crença. Mas, tudo ainda muito dentro de um padrão comum para a época.

A Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988 determina a plena liberdade de crença, e protege inclusive os locais de culto e os rituais necessários à manifestação da crença escolhida. Com a proteção constitucional dessa liberdade religiosa, todo o ordenamento brasileiro, nos diversos ramos, estabeleceu regras que propiciassem a garantia do livre exercício desse direito.

Apesar de uma gama de regras protetoras, nem todas as questões relativas ao direito de crença foram aplacadas, suscitando discussões infundáveis entre os doutrinadores e nos Tribunais brasileiros.

O presente trabalho tem por objetivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstrar o direito de crença no Constitucionalismo brasileiro, sua consequente proteção estabelecida na legislação infraconstitucional para a efetivação dessa liberdade, bem como demonstrar as questões suscitadas na atualidade sobre o tema na doutrina e jurisprudência brasileiras.

2 A CRENÇA COMO LIBERDADE CONSTITUCIONAL

As questões que envolvem as relações da humanidade com o divino permearam e permeiam a história das civilizações ao longo do tempo. Durante vários períodos históricos, nas várias sociedades e civilizações, verifica-se uma proximidade da Religião com o Estado.

Em períodos variados ou em sociedades também variadas, a Religião e o Estado se apresentavam como uma única instituição, confundiam-se e, às vezes, ainda se confundem na atualidade. Não raras as situações, o líder religioso se apresenta como o próprio líder do Estado. Em outras tantas ocasiões, o governante é escolhido pelo líder religioso, ou é por ele revelado através da divindade, conforme a crença professada.

No Brasil, por muito tempo, foi mantida a proximidade do Estado com a Religião, notadamente no Brasil Colônia e no Brasil Imperial, períodos nos

¹ Professora de Direito Civil no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Advogada atuante nas Varas Cíveis e de Família. Assessora Jurídica da Fundação Sara. Especialista em Ciências Penais.

quais o Estado determinava as regras na própria Igreja, e recebia por outro lado, o poder conferido pela instituição religiosa, seguindo a tradição portuguesa.

Conforme os ensinamentos de Silva (2008), com a independência do Brasil, o país não se converteu de imediato ao modelo republicano. Adotou inicialmente um regime monárquico constitucional, o qual conservava a dominação portuguesa. Com esse sistema, o país manteve também a relação de dependência fixada entre a Religião e o Estado.

A Constituição Imperial de 1824, no seu art. 5.º, estabelecia como Religião do Império, a Religião Católica Apostólica Romana. Com essa determinação constitucional, as demais religiões ou manifestações religiosas seriam apenas toleradas pelo Imperador.

A ordem constitucional fixava limites à tolerância quanto às manifestações religiosas diversas da Católica. Não reconhecia a liberdade de culto a nenhuma outra religião. Os cultos religiosos que não fossem os Católicos só poderiam acontecer “com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”, regras consagradas no mesmo art. 5.º da Constituição de 1824, como destaca Silva (2008, p. 249).

Na qualidade de Estado Confessional, o Estado mantinha relações jurídicas com a Igreja escolhida, no caso brasileiro, com a Igreja Católica Apostólica Romana, como sustenta Silva (2008). Nessa condição, o Governo Imperial participaria amplamente das decisões da Igreja Católica no país.

Conforme os ensinamentos de Carvalho e Faraoni (2010), o Governo Imperial, mantinha a submissão da Igreja Católica através de dois institutos: o Padroado e o Beneplácito. Segundo eles, com o Padroado, o Imperador poderia nomear os bispos e demais membros da Igreja no país, dependendo apenas da confirmação do Papa. Com o Beneplácito Régio, poderia o Imperador aderir ou não às determinações da Santa Sé, mantendo posição de supremacia quanto à Igreja no país, fazendo prevalecer a sua vontade.

A proclamação da República foi o marco responsável pela ruptura do modelo então predominante. A consolidação da República propiciou a separação do Estado da Igreja, e as várias religiões puderam se manifestar publicamente. Além disso, a separação dos dois entes obrigou o Estado a assumir funções que até então cabia à Igreja, como por exemplo, os registros de nascimentos,

casamentos e óbitos da população brasileira que era de controle e responsabilidade exclusiva da Igreja Católica como destacam Carvalho e Faraoni (2010).

Na República, segundo Silva (2008), antes mesmo da primeira Constituição Republicana, a de 1891, houve a positivação da liberdade religiosa, fixada no Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890. O Decreto em referência estabeleceu a desvinculação do Estado em relação à Igreja Católica e reconheceu personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões religiosas.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, a primeira da era republicana brasileira, consagrou a separação estabelecida pelo citado Decreto 119-A/1890, retratando os princípios básicos da liberdade religiosa com seus cultos e liturgias.

Lenza (2012) destaca que o Estado brasileiro se declara nessa ocasião como um Estado laico ou não confessional. Toma medidas que busca a afirmação desse novo ideal, dentre as quais o autor elenca: a retirada dos efeitos civis do casamento religioso, repassa à autoridade municipal a administração dos cemitérios que até então era de responsabilidade da Igreja, proíbe o ensino religioso nas escolas públicas, além de não invocar a proteção de Deus no preâmbulo da Constituição, naquela ocasião promulgada.

Seguindo os caminhos já estabelecidos anteriormente, a Constituição de 1934, no art. 113, item 5.º, “determinou que as associações religiosas adquiririam personalidade jurídica nos termos da lei Civil” (SILVA, 2008, p. 251), facultando às várias crenças religiosas o estabelecimento regular de seus templos ou locais em que praticavam os seus rituais ou liturgias.

Passada a fase de afirmação do Estado laico, a Constituição de 1934 flexibilizou as medidas de transição do Estado confessional, firmado no Império, para o não confessional republicano, de 1891. Admite, a partir daí, o casamento religioso com efeitos civis, nos termos do art. 146, o qual dispôs:

O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá

penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Com essa medida, em que facultou a celebração do casamento civil por ministros de qualquer crença religiosa, reafirma a liberdade de crença existente no país. Além disso, lembra Lenza (2012), a nova Constituição permitiu o retorno do ensino religioso às escolas públicas, e ainda, voltou a prever a proteção divina no seu preâmbulo.

A Constituição de 1937, no que concerne à crença, nada inovou. Entretanto, retirou do seu preâmbulo a invocação da “proteção de Deus”, como informa Lenza (2012).

O texto constitucional de 1946, semelhante ao de 1934, manteve quanto à liberdade religiosa os mesmos preceitos. Determinava o § 7.º do artigo 141 a mesma regra estabelecida no artigo 113, item 5.º, da Constituição de 1934, o qual apregoava:

É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

A Constituição de 1967, simplificou o texto que dispunha sobre a liberdade religiosa, mas manteve a mesma essência protetiva. Determinou no art. 150, em seu § 5.º, que “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”. Além disso, fixou no § 6.º do mesmo artigo:

Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.

A Emenda Constitucional número um, de 17 de outubro de 1969, denominada de Constituição de 1969, reproduziu em seu artigo 153, parágrafos quinto e sexto (BRASIL, 1969), a mesma regra estabelecida na Constituição de 1967, quanto ao direito de crença.

A CRFB/88 garante a liberdade de crença, e determina o pleno exercício dos cultos religiosos, inclusive com a proteção dos locais aonde são

realizados os cultos e as liturgias religiosas. Conforme estabelecido no inciso VI, do seu art. 5.º, é assegurado “o livre exercício dos cultos religiosos é garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e suas liturgias.”.

Na busca pela plena liberdade religiosa, a ordem constitucional vigente suprimiu a restrição exposta nas Constituições anteriores, quanto à liberdade dos cultos religiosos. Nas Constituições brasileiras que previam a liberdade de crença, garantiam a liberdade de manifestação de seus cultos e liturgias, desde que não ferissem a ordem pública e aos bons costumes. A CRFB/88, não fez essa ressalva, visto que os conceitos anteriormente inseridos são abstratos e dependiam, para sua aplicação, da valoração de quem os analisassem, o que poderia, dependendo do intérprete, cercear a liberdade que se pretende privilegiar.

A liberdade religiosa e a manifestação dessa religiosidade são consideradas como plenas na ordem constitucional brasileira atual. Tem como limite apenas as outras liberdades ou direitos consagrados também na CRFB/88. Todo brasileiro terá direito a aderir ou não a um credo religioso, bem como manifestar livremente sua crença, desde que não fira outros direitos e garantias também constitucionalmente estabelecidos.

3 LIBERDADE RELIGIOSA A PARTIR DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Religião, segundo Ferreira (1986, p. 1.480), seria o conjunto de regras estabelecidas a partir da crença na existência de forças superiores criadoras do universo, cuja manifestação se dará “por meio de doutrina e ritual próprios, que envolvem, em geral, preceitos éticos.”.

Chauí (2011) destaca que a religião possui algumas finalidades; dentre elas, proteger os seres humanos contra o medo, dar ao homem respostas para sua origem e morte, oferecer à pessoa esperança numa vida após a morte e consolo para as aflições da vida, além de garantir o respeito às regras e valores morais, estabelecidos pela divindade cultuada.

Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 417) destacam que:

O conceito de religião, ademais, liga-se à pré-compreensão que o termo propicia. Será inequivocamente religião o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma

organização e que apresenta rituais de oração e de adoração.

Aderir ou não a uma religião nem sempre foi entendida como uma faculdade atribuída à pessoa. Ao longo da História, o Estado, quando não se confundia com a própria religião, cuidava de definir a religião que melhor atenderia aos seus interesses e aos interesses da população.

Com a fixação dos direitos fundamentais da pessoa, propiciada a partir da Declaração dos Direitos do Homem, do constitucionalismo e da difusão dos Direitos da Personalidade, o Estado passou a reconhecer uma gama de direitos inatos à condição humana, direitos indissociáveis da pessoa que com ela se confundem (FARIAS; ROSENVALD, 2010). Um desses direitos é a liberdade religiosa, a qual garante o direito de escolher a sua crença e assegura a livre manifestação da crença escolhida.

Na atualidade, para os civilistas, como por exemplo, Farias e Rosenvald (2010, p. 172), o direito de crença integra aspecto fundamental da personalidade humana, e o respeito a essa liberdade é uma garantia constitucional estabelecida na “amplitude do conceito de dignidade humana.”

Moraes (2005, p. 40) assevera que “sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral a liturgia e o culto.”. Destaca que se a pessoa for constrangida a renunciar a seu credo comprometerá a própria “diversidade democrática de ideias.”

A dignidade humana, lembram Farias e Rosenvald (2010, p. 172), é o “vetor e ápice de todo o sistema jurídico brasileiro.”. Para eles, o desrespeito ao direito de crença viola o próprio conceito de vida digna. Entendem que a liberdade religiosa, o direito de escolher crer ou não em uma divindade, e manifestar essa escolha livre de reprimendas, integra o conceito de dignidade humana.

Ideia reforçada por Silva (2008, p. 249), quando afirma que a liberdade de crença:

inclui a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo.

Silva (2008) sustenta ainda que a liberdade religiosa está inserta nas liberdades espirituais, cuja exteriorização é meio de expressão do pensamento. Segundo ele, a liberdade religiosa implica em três outras liberdades, quais sejam, a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

Garantida a liberdade religiosa e, por conseguinte, a liberdade de crença, que privilegia a livre escolha de uma religião, não restaria plena a garantia se não houvesse por assegurada a liberdade de culto. Segundo os ensinamentos de Silva (2008) a liberdade de culto integra a liberdade religiosa pois, para ele, o culto religioso é a exteriorização da crença professada.

Por esse prisma, pode-se afirmar que sem a liberdade de culto não se efetiva plena a liberdade de crença. Como primar pela liberdade de escolha se se tem cerceada a livre manifestação dessa escolha? Limitar o direito ao culto equivale, dessa forma, a impedir o próprio exercício da escolha.

Moraes (2005) destaca que, embora a Constituição do Império, de 1824, assegurasse a liberdade de crença, cerceava a liberdade do culto, restando garantida apenas a liberdade aos cultos católicos. Para as demais religiões, só se conferia a realização do culto doméstico, em locais que não denotassem a realização de cultos religiosos.

Como terceiro pilar da garantia da plena liberdade religiosa, na visão de Silva (2008), está a liberdade da entidade religiosa, organizar-se juridicamente como tal, para viabilizar a realização de seus cultos e suas liturgias.

O Código Civil brasileiro, de 2002 (CCB/02), instituído pela Lei 10.406/02, estabelece uma nova espécie de pessoa jurídica, denominada de “Organização Religiosa”, cuja finalidade é a promoção da liberdade de crença garantida na CRFB/88.

A organização religiosa tem atividades que lhes são peculiares, o que impediria a sua incorporação nas demais espécies de pessoas jurídicas já existentes. Conforme Gonçalves (2012), os fins pastorais e evangélicos dessas instituições são próprios da questão da crença religiosa. E classificá-las como associação ou fundação poderia mitigar a liberdade de crença estabelecida na CRFB/88.

O CCB/02 garante ainda, no § 1.º do art. 44, a liberdade de criação, organização, estruturação interna bem como o funcionamento das organizações religiosas. Proíbe ao poder público

negar a essas organizações o reconhecimento ou registros necessários ao seu funcionamento.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 269) afirmam que a garantia estabelecida na Lei Civil advém da determinação do art. 19, inciso I, da CRFB/88, a qual já vedava aos entes da Federação “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

Embora a legislação brasileira nos moldes da CRFB/88, garanta à organização religiosa a plena liberdade de se estabelecer, não é demais lembrar que a liberdade de organização não é absoluta e deverá ser observada em consonância com a legalidade de sua instituição e de seus atos.

Gonçalves (2012, p. 248) destaca o Enunciado 143 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, o qual firmou: “A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame, pelo judiciário, da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos.”

Além da proteção mencionada, a legislação brasileira, para a garantia do desenvolvimento das liturgias dos diversos credos, dispõe de proteção nos diversos ramos do Direito.

No Direito Penal, o Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, estabelece no Título V, “Dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos”, como crime, o ultraje a cultos religiosos e impedimentos ou perturbações aos atos a eles relativos.

Determina o Código Penal:

Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena – detenção de um mês a um ano, ou multa.

Dispõe ainda o Código Penal que se o delito determinado no art. 208, se configurar com o emprego de violência, a pena será aumentada em um terço, sem que seja ignorado o delito correspondente à violência perpetrada, o que poderá exasperar ainda mais a fixação da pena no caso concreto.

No Direito Tributário, a própria CRFB/88, estabeleceu alguns mecanismos, aptos a garantir a liberdade religiosa. A CRFB/88 garantiu aos seus entes políticos o poder de instituir tributos. Porém, em algumas circunstâncias por ela mesma determinadas, limitou o poder de tributar, a fim de garantir outros direitos também por ela instituídos.

A norma constitucional de 1988 determina no artigo 150, na alínea b do inciso IV, que “Sem prejuízos de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: instituir tributos sobre os templos de qualquer culto”. Por ser norma constante da Constituição Federal, é um caso de imunidade tributária, intransponível por vontades dos entes federados.

Resta clara a intenção do constituinte de 1988 de proteger de forma ampla os templos religiosos, para evitar que pudessem ser inviabilizadas as práticas religiosas pela taxação excessiva aos organismos religiosos, não apenas isentando do pagamento dos tributos, mas evitando que os tributos relativos a essas entidades fossem instituídos.

No parágrafo 4.º do mesmo art. 150 do texto constitucional, o constituinte tratou de esclarecer que a vedação para a instituição de tributos sobre os templos religiosos será limitada ao patrimônio, a renda e aos serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa. Com essa determinação, estabelece por outro lado, que caso a entidade religiosa obtenha ganhos patrimoniais pela execução de atividade alheia aos cultos, rituais ou liturgia, será tributada como qualquer outra instituição no país. Mas, a interpretação da Constituição já determinou que se uma Igreja tem um estacionamento – aberto ao público, mediante pagamento – em seu pátio, em provando que o rendimento é utilizado para as atividades paroquiais, também estará imune e, portanto, não haverá incidência de tributo.

Pelas regras aqui assinaladas se depreende que o ordenamento jurídico brasileiro prima pela proteção à liberdade religiosa, facultando a livre escolha e manifestação de sua crença, além de impor a todos, inclusive ao próprio Estado, o dever de respeito à crença alheia.

4 QUESTÕES PRÁTICAS SUSCITADAS NO BRASIL NA ATUALIDADE DECORRENTES DA LIBERDADE DE CRENÇA

Na inviolabilidade do direito de crença, insculpido no inciso IV do art. 5.º da CRFB/88, está

implícita a necessidade de tolerância e respeito à diversidade de credos existentes no país.

4.1 Símbolos Católicos em Órgãos Públicos

Embora haja a ampla proteção constitucional e legislativa à liberdade religiosa no Brasil, muitas questões, relativas ao direito de crença, têm sido objeto de estudos e discussões, inclusive nos Tribunais brasileiros. Questões ainda não pacificadas, que merecem o destaque que ora se propõe a fazer.

Por uma questão cultural e histórica, a maioria dos brasileiros se denomina católico. No Censo Demográfico realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgado em 2012, 64,6% da população brasileira se declara católica.

Com isso, muitas tradições católicas são preservadas no Brasil, como a manutenção de símbolos do catolicismo em repartições públicas e privadas, a inserção de feriados religiosos no calendário nacional, a inclusão do ensino religioso nas estruturas curriculares do ensino fundamental, além da tradição do casamento celebrado perante autoridades religiosas.

No que concerne à manutenção de símbolos católicos ou mesmo do cristianismo como no caso do crucifixo, em estabelecimentos públicos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como informa Lenza (2012), teve a oportunidade de manifestar no que concerne à manutenção desses símbolos expostos em órgãos públicos, especialmente em unidades de ensino. O CNJ entendeu que os referidos símbolos deveriam ser mantidos em função da questão cultural, e não religiosa, que eles representam.

Segundo o autor em questão, o argumento utilizado pelo CNJ não foi convincente, e aponta que decisões diversas têm sido adotadas pelo país. Lenza (2012), para reforçar o entendimento contrário a interpretação firmada pelo CNJ, informa que o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao tomar posse em 2009, determinou a retirada dos crucifixos em todo o Tribunal, além de determinar que a capela lá existente fosse desativada, por entender que havia privilégio ao catolicismo na repartição pública, e a manutenção desses objetos poderia ofender a crença dos demais frequentadores do Tribunal que não professam a fé católica.

4.2 Dias Santos e Feriados

O argumento utilizado para conter os questionamentos quanto aos feriados religiosos, fixados em virtude da crença católica, tem sido o mesmo apontado para a questão anteriormente levantada, qual seja, o caráter histórico cultural.

Lenza (2012) lembra que em 2007, com a vinda do Papa Bento XVI ao Brasil, para a canonização do Frei Galvão, houve um movimento para a fixação do dia 11 de maio como feriado em homenagem ao Frei. Discutida no Congresso Nacional a questão, foi editada a lei 11.532, de 25 de outubro de 2007, instituindo o Dia Nacional do Frei Sant'Anna de Galvão.

A própria regra legal, para evitar discussões acerca de seu caráter discriminatório, evitou a conotação religiosa ao seu texto e cuidou de estabelecer a data como de inserção obrigatória no “calendário histórico-cultural nacional”.

A CRFB/88, no capítulo em que disciplina questões relativas à educação, cultura e desporto, em seu art. 210, estabelece que os conteúdos a serem trabalhados no ensino fundamental serão fixados observando os valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Em continuidade, o § 1.º do mesmo dispositivo determina que o ensino religioso nas escolas públicas será inserto como disciplina curricular no ensino fundamental, embora seja de matrícula facultativa.

Silva (2008), em interpretação ao dispositivo citado, tem se posicionado no sentido de que é um direito do aluno religioso se matricular na disciplina, mas não poderá ser compelido a fazê-lo. Entende o constitucionalista que, como faculdade que é, não poderia ser exigida a realização de testes ou provas para aprovação ou reprovação nessa disciplina.

Lembra ainda que o dispositivo é dirigido às escolas públicas, mas afirma que nada impedirá que as escolas particulares se utilizem da mesma regra. Ressalta, entretanto, que o que não poderá acontecer é a imposição de determinada crença a quem não a professe. Opinião também compartilhada por Lenza (2012).

4.3 Casamento Religioso

O casamento religioso era a única espécie admitida no Brasil antes da proclamação da República em 1889. Cabia a Igreja Católica a celebração e o registro dos casamentos realizados

no país. Segundo informações de Lobo (2008), o Decreto 181 de 1890, proibiu a celebração religiosa do casamento e negou efeitos ao casamento religioso.

Atendendo também à tradição histórico-cultural, a legislação brasileira concede efeitos civis ao casamento religioso. Lobo (2008) destaca que para determinadas regiões brasileiras o casamento religioso tem mais importância do que a cerimônia civil. Assim, o CCB/02, determina que o casamento é civil e gratuita a sua celebração, repetindo norma constitucional. Rendendo-se aos apelos sociais, disciplinou hipóteses em que o casamento religioso terá efeitos civis.

Conforme o CCB/02, o casamento religioso terá efeitos civis desde que siga as regras civis para a habilitação e registro, hipótese em que será delegada à autoridade religiosa apenas a celebração. Por outro lado, conferiu efeitos civis ao casamento religioso celebrado sem atendimento aos requisitos estabelecidos na lei civil, desde que, após a celebração religiosa, seja requerida, pelos nubentes, a concessão dos efeitos civis, mediante habilitação e registro posteriores. Iguais regras estão tratadas, em detalhes porque lei específica, na Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

4.4 Transfusão de Sangue e Guarda Sabática

Tem chegado aos Tribunais brasileiros com certa frequência questões relativas à transfusão de sangue em pessoas que professam a fé denominada Testemunhas de Jeová e as questões relativas à guarda sabática, para os adeptos ao judaísmo e os adventistas do sétimo dia.

Os adeptos da doutrina das Testemunhas de Jeová se negam a efetivar a transfusão sanguínea por entenderem que o procedimento médico afeta dogma religioso. Nesse contexto, quando se veem diante da necessidade da efetivação desse tratamento, tem buscado o Poder Judiciário para obter decisão judicial que lhes confirmem o direito à negativa de se submeterem ao tratamento indicado.

Em regra, os Tribunais nacionais têm, no confronto entre o direito à vida e a liberdade religiosa, em sua maioria, privilegiado o direito à vida, como demonstra um julgado apresentado por Lenza (2012). Segundo ele, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, ao julgar o Agravo de Instrumento de n.º 2009.01.00.010855-6/GO, o Desembargador Federal Fagundes de Deus, disse não poder considerar atos de repúdio à vida. Afirmou que num ordenamento que não contempla a

eutanásia e pune o auxílio ao suicídio, não poderia consentir com atitudes que não contribuíssem para a manutenção da vida.

Embora essa seja a opinião da maioria da doutrina e inclinação da jurisprudência nacional, há os que defendem, nessa circunstância, a prevalência do direito de crença sobre a vida, opinião declinada por Farias e Rosenvald (2010). Para eles a vida só tem sentido quando vivida com dignidade. Argumentam que, quando uma pessoa que professa determinada crença, e desrespeita dogma por ela fixado, será rechaçado pelo grupo religioso a que pertence, o que feriria a sua convicção íntima e afetaria o seu conceito de dignidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) está por se manifestar quanto à constitucionalidade de uma Lei do Estado de São Paulo, Lei 12.142/05, que assegura a guarda sabática quando houver alegação de motivo de crença. Lenza (2012) assegura que a matéria ainda está pendente de julgamento no STF, matéria suscitada na ADI 3.714.

O STF (BRASIL, STF, 2015) foi instado a se manifestar sobre o direito a guarda sábitica, na análise da Suspensão da Tutela Antecipada, STA 389, formulado pela União, quando da iminência de suspensão da realização do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), determinada por decisão do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, em ação proposta pelo Centro de Educação Religiosa Judaica.

Na ação proposta em primeiro grau se pleiteava a designação de data alternativa que não coincidissem com o Shabat, período sagrado para os judeus, para a realização do exame nacional, o que beneficiaria a vinte e dois alunos da Instituição requerente.

Conferida a tutela antecipada aos estudantes requerentes, o STF suspendeu a decisão do TRF da 3.ª região, entendendo que no Edital da seleção já havia a previsão de atendimento as necessidades especiais, e a prova poderia ser realizada no mesmo dia, após o horário de consagração religiosa, desde que os alunos inscritos se apresentassem no mesmo momento determinado para os demais, e permanecessem confinados, aguardando para realizar a prova, no horário que não conflitasse com a crença religiosa que professam.

O STF entendeu que criar horário alternativo fere o princípio da isonomia, pois a nova avaliação aplicada poderia contar com graus distintos de dificuldade, e os critérios adotados em uma ou outra prova poderiam favorecer a um ou a outro grupo de alunos.

Desde então, esse tem sido o entendimento da jurisprudência nacional quanto à guarda sabática nos concursos públicos para ingresso no serviço público brasileiro. Em respeito à crença religiosa, os candidatos deverão se apresentar no horário e local indicados, onde se manterão incomunicáveis aguardando o horário compatível com sua religião para a execução dos testes.

4.5 Curandeirismo

Determina o Código Penal Brasileiro, de 1940 (CPB/40) em seu art. 284 que o exercício do curandeirismo constitui delito contra a saúde pública. Segundo o CPB/40, “Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos: Pena – detenção de seis meses a dois anos.”.

Visa o legislador evitar que haja o exercício da arte de curar por quem não tem habilitação profissional para tal exercício. Tênué é a diferença entre a configuração do crime de curandeirismo e as práticas religiosas permitidas. Para distinguir as duas condutas, Mirabete (2001, p. 186) propõe a seguinte reflexão: “se a cura é pedida comunitariamente, através de orações, pura questão de fé, a prática não configura o delito de curandeirismo, tendo em vista liberdade de culto assegurada pela Constituição.” Observa ainda:

Sempre que o ministro deixa de lado a finalidade própria da religião e adentra ao cobiçado campo dos místicos tratamentos, com a perseguição da cura através de benzimentos com arruda, aplicação de passes curativos, prescrição de medicamentos para tratamento de moléstias, diagnósticos de males, queima de pólvora, invocações de espíritos, etc., consuma-se o crime.

Lenza (2012) destaca sobre o tema que apesar de não ter sido ainda objeto de decisão ou mesmo de apreciação pelo STF, alguns Tribunais brasileiros têm entendido pela não configuração do delito quando a promessa de cura advém da crença religiosa, observada num contexto individual.

4.5 Temas em Discussão

Temas como os ora apresentados ainda demandam discussões e amadurecimento no âmbito acadêmico e judicial, para que se mantenham

pacificados, com a apresentação de soluções equânimes para os conflitos no caso concreto. A sociedade brasileira deverá estar preparada para compor essas e as novas questões que envolvam a liberdade religiosa apregoada pela ordem constitucional atualmente vigente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de crença no Brasil passou de uma imposição do Estado, já que só se poderia crer no que fosse determinado pela Igreja Católica, religião oficial do Império brasileiro, a liberdade atualmente prevista constitucionalmente.

A partir da proteção constitucional todo o ordenamento brasileiro passou a garantir a liberdade de crença no âmbito de suas várias competências.

A CRFB/88 garante a plena liberdade de crença e a livre manifestação da crença professada. É um direito pleno, porém não absoluto que, quando em conflito com outros direitos igualmente protegidos pela norma constitucional, poderá ser mitigado quando o interesse em conflito sobrepuser ao direito de crença.

Ante a complexidade do tema que envolve convicções íntimas da pessoa, fazendo parte do próprio conceito que ela tem de si mesma, a liberdade religiosa e a livre manifestação dessa convicção, demandará ainda inúmeras reflexões sociais e jurídicas.

Os Tribunais e a doutrina nacionais têm se manifestado com muita prudência nos conflitos que lhes são postos a partir da crença.

Pelo que se tem observado até aqui, percebe-se que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário têm buscado compatibilizar os direitos fundamentais em conflito, privilegiando também a crença das pessoas, garantindo a liberdade e a prevalência dos dogmas religiosos compatíveis com os demais valores constitucionais, primando pela isonomia do tratamento dispensado as partes em conflito.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: derrubada da Constituição e a*

recolonização do golpe de estado institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Emenda Constitucional N.º 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 de outubro de 1969, retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de outubro de 1969, e republicado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 de outubro de 1969.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Retificado no *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 3 jan. 1941.

BRASIL. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Brasília, DF. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2170>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 11.532, de 25 de outubro de 2007. Institui o dia 11 de maio como o Dia Nacional do Frei Sant'Anna Galvão. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensa decisão que alterava data do Enem para estudantes judeus. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/>

>. Acesso em: 15 out. 2015.

CARVALHO, Débora Cristina de; FARAONI, Alexandre. *Sociologia: ser protagonista*. São Paulo: SM, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v. III. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. *História das cavernas ao terceiro milênio*. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

O DIREITO A DIVERSIDADE COMO O FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E DE UMA NOVA SOCIEDADE

José Luiz Quadros de Magalhães¹

1 INTRODUÇÃO

Uma questão central na discussão dos Direitos Humanos neste início de século é a diversidade. A novidade, do século XX, da luta por reconhecimento, o princípio constitucional da igualdade e o direito à diferença como direito individual e coletivo é agora aprofundada pelo projeto de um novo constitucionalismo e uma nova concepção de Estado, que implicará na reconstrução das teorias modernas do Estado e da Constituição fundadas na ideia de diversidade e descolonialidade.

Muitas críticas já foram construídas a respeito do caráter europeu e uniformizador (sua pretensão universal) dos Direitos Humanos, tema que encontra também outros desafios na fragmentação da luta por direitos, no fim do século XX, com o fim do mundo socialista, e o aparente desaparecimento, momentâneo, de alternativas econômicas, sociais e políticas ao modelo de capitalismo e direito (neo)liberal que se tornou hegemônico.

A fragmentação da luta por direitos agrada aos grupos hegemônicos no poder, pois desaparecem as propostas gerais de sociedade e economia, além de surgirem conflitos entre os diversos grupos que lutam por direito e reconhecimento.

Entretanto, nesta primeira década do século XXI começaram aparecer novas alternativas de direito e sociedade que pretendem, mesmo, romper com alguns aspectos da modernidade uniformizadora. As experiências da Bolívia e Equador teorizadas hoje pelos autores do chamado “novo constitucionalismo latino-americano” juntamente com a ideia de descolonialidade pelos autores desta nova teoria, retomam a proposta de uma sociedade e um novo direito, para além do direito moderno hegemonicamente europeu.

Para se entender a possibilidade de ruptura com a modernidade, o Direito e o Estado Modernos, do novo constitucionalismo democrático latino-americano, especialmente as Constituições do

Equador de 2008 e Bolívia de 2009, é necessário antes se estudar o conceito que se utiliza, neste texto, quanto à modernidade, ou seja, qual é a modernidade que o novo constitucionalismo contraria, para depois se entender a possibilidade de construção do novo, de um novo Direito e sociedade, plurais, diversos e não hegemônicos.

2 QUAL MODERNIDADE?

Com a finalidade de estabelecer os contornos do que se chama de modernidade, trabalham-se alguns pontos que se pode encontrar recorrentemente no pensamento hegemônico moderno, em autores, discursos e práticas. Percebe-se que em diversos momentos das histórias e estórias deste período, nas tentativas de resistência, nas assimilações, nas tentativas de rupturas, e inclusive nas revoluções durante a modernidade, onde eram pretendidas rupturas, estes pontos (um, alguns ou todos) aparecem de forma insistente, como armadilhas que impedem de fugir do círculo vicioso, aparentemente interminável, da prisão moderna.

Nos conceitos de história e estória, encontra-se a modernidade aprisionando o sentido, criando a história oficial com suas datas e personagens, mitos do herói nacional, de guerras heroicas que ajudam a construir a identidade nacional, forjada sobre o reconhecimento de alguns e o ocultamento de muitos. Quem conta a história? Qual história? História ou estória?

A história é morta, oficial, presa a datas e nomes. A estória é viva, memória, diversa, plural e em permanente processo de transformação. Aliás, porque retiraram a palavra “estória” dos dicionários? Não se pode aceitar que “gramáticos” oficiais venham dizer o sentido das palavras ou venham decretar o fim de “palavras”. Cita-se:

Tenho raiva dos gramáticos. Fernando Pessoa também tinha. Os gramáticos se sentem no direito de proibir palavras. Tiraram

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor do Doutorado, Mestrado e Graduação da UFMG e PUC-MG. Diretor-Geral do Centro de Estudos Estratégicos em Direito do Estado (CEEDE-MG). Professor da UFMG, PUC-MG e do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

‘estória’ do dicionário. Agora só se pode dizer ‘história’. Mas o que tem ‘história’ a ver com ‘estória’? ‘*A estória não quer tornar-se história*’, dizia Guimarães Rosa. A história acontece no tempo que aconteceu e não acontece mais. A estória mora no tempo que não aconteceu para que aconteça sempre (ALVES, 2005).

Pode-se dizer que a história, desta forma congelada, é uma impossibilidade, logo uma distorção proposital, uma estratégia de construção de uma identidade forjada. A história na modernidade tem a função de ocultar as estórias. É a substituição de várias visões, compreensões e perspectivas por uma única versão, morta, recontada infinitas vezes para reafirmar uma única identidade, com seu monte de nomes e datas. Viu-se escrito em um muro da Faculdade de Filosofia da UFMG: “Haja presente para tanto passado.”. A história é passado, a memória é presente. Difícil construir algo novo com tanto passado aprisionando a todos. Daí, talvez seja interessante pensar em um processo de psicanálise coletiva, como resgate da estória como forma de agir, com a liberdade possível decorrente do conhecimento desocultado. A história oficial aprisiona e a memória pode tornar a todos fortes para construir um presente diverso. Há um passado que aprisiona, mas há uma construção coletiva da memória que pode permitir alguma liberdade.

Percebe-se que nas revoluções que ocorrem

no período moderno, nos movimentos de contestação, as tentativas de fazer diferente (as infiltrações), quase sempre (quando não foi?) caem nas armadilhas modernas, ou são, simplesmente, modernas. Volta-se a fazer de novo, repetindo práticas com as quais se queria romper, ou então se quer romper com algo que não se sabe muito bem o que é. Daí, a importância de identificar alguns pontos (elementos da modernidade, que caracterizam a modernidade), que recorrentemente se apresentam, repetem, voltam, como fantasmas que aprisionam neste círculo moderno.

Vai-se, então, à análise de alguns destes eixos. Como um texto para reflexão e discussão, importante que o leitor identifique ou rejeite, de forma fundamentada, os eixos ou pontos essenciais da modernidade, aqui enumerados. A modernidade pode ser entendida como uma realidade de poder e um projeto de poder, responsáveis pela construção do Estado Moderno, da economia moderna e do direito moderno, a partir de uma data simbólica que delimita o espaço temporal desta realidade: 1492.

Por que 1492? Vai-se pensando a modernidade na companhia de Dussel (1994).

Em 1492, têm-se três eventos (acontecimentos)² importantes:

- a invasão da “América”³ pelos “europeus”⁴, marcando o início da construção da hegemonia europeia que marca a modernidade. Invadiram também o “resto” do mundo: África⁵, Ásia⁶ e

² Sobre a necessidade de um “acontecimento” (um evento) para que as pessoas mais do que compreendam, percebam (sintam) o real encoberto: ler Badiou, 2009.

³ Nome dado pelo invasor.

⁴ Entendendo que, o que se convencionou como “Europa” também representa a visão dos grupos sociais e étnicos que se tornaram hegemônicos.

⁵ Apenas como exemplo da expansão “europeia” com a invasão e colonização do mundo, pode-se lembrar o caso de Angola: “Na foz do Rio Congo, em 1482, ocorreu o primeiro contato com o português Diogo Cão. A relação de Portugal com o reino do Kongo evoluiu principalmente a partir de 1506, quando o comércio de escravos teve um grande impulso, tendo em vista que os portugueses precisavam de mão de obra barata para as grandes plantações de cana-de-açúcar, que estavam estabelecendo no Brasil. Em 1568, o reino do Kongo foi atacado por Jaga e, para defender-se, pediu o auxílio de Portugal, que enviou o governador de São Tomé no comando de um força armada para expulsar os invasores. Depois de lutar de 1571 a 1573, o governador ocupou o reino do Kongo e conquistou as terras mais ao sul, que era território do Mbundu, fundando a colônia de Angola.” (VISENTINI, 2012). Importante lembrar que a Etiópia foi o único “país” a não ser transformado em colônia de um Estado europeu. Mesmo assim, claro, não escapou das políticas coloniais e das práticas neocoloniais. Foi invadida pela Itália pouco antes da Segunda Guerra mundial, mas o domínio direto italiano durou pouco. Entretanto, perdeu parte de seu território como consequência das políticas coloniais: o caso da Eritreia. A **Conferência de Berlim** foi realizada entre 19 de novembro de 1884 e 26 de fevereiro de 1885. Esta Conferência “organizou” a ocupação da África pelas potências coloniais. As divisões políticas dos “novos estados nacionais” não respeitou, propositalmente, é claro, nem a história, nem as relações étnicas e mesmo familiares dos povos do continente. O congresso foi proposto por Portugal e organizado pelo Chanceler Otto von Bismarck, da Alemanha, assim como participaram ainda a Grã-Bretanha, França, Espanha, Itália, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Estados Unidos, Suécia, Áustria-Hungria, Império Otomano. O Império Alemão, país anfitrião, não possuía colônias na África, mas tinha esse desejo e viu-o satisfeito, passando a administrar o “Sudoeste Africano” (atual Namíbia) e o Tanganica; os Estados Unidos possuíam uma colônia na África, a Libéria, só que muito tarde, mas eram uma potência em ascensão e tinham passado recentemente por uma guerra civil (1861-1865) relacionada com a abolição da escravidão naquele país; a Grã-Bretanha tinha-a abolido no seu império em 1834; a Turquia também não possuía colônias na África, mas era o centro do Império Otomano, com interesses no norte de África e os restantes países europeus que não foram “contemplados” na partilha de África, também eram potências comerciais ou industriais, com interesses indiretos na África.

⁶ O processo de ocupação e exploração do continente asiático por parte das potências europeias ocorreu, principalmente, no século XIX. No entanto, esse processo não aconteceu de maneira igual, variando de região para região. Até o século XIX os asiáticos quase não mantinham contato com os povos europeus, salvo os viajantes comerciantes.

Oceania⁷. Está aí a origem da lógica binária subalterna do “nós” *versus* eles. “Nós”, os civilizados; “nós”, os bons; “nós”, os europeus *versus* eles, os bárbaros, selvagens, muçulmanos, inferiorizados (o projeto moderno é um projeto narcisista);

- a expulsão do “outro” diferente (o muçulmano) do que se constituirá como Espanha. A queda do Reino de Granada. Este momento histórico marca um dos movimentos da modernidade: a expulsão dos mais diferentes (judeus e muçulmanos) a uniformização dos menos diferentes (os povos que habitavam a península ibérica antes da chegada dos “outros diferentes”). A uniformização pela subalternização violenta de catalães, valencianos, bascos, galegos e outros que se transformam na nova nacionalidade inventada: espanhóis;

- ainda em 1492 tem-se a primeira gramática normativa: o castelhano. Está aí o aperfeiçoamento do controle do pensamento. Da limitação da compreensão do mundo pelos seus signos e significantes e pela hegemonia na determinação dos significados.

Tem-se, então alguns *movimentos* importantes para entender o que se está chamando de “modernidade”: a invasão da “América” começando a construção da hegemonia militar, econômica e cultural europeia que se estenderá por boa partedo planeta; *a expulsão do mais diferente* (o muçulmano e o judeu) da península ibérica e a *uniformização dos considerados menos diferentes* (bascos, galegos, catalães, valencianos). Importante lembrar que neste momento ocorre o início do processo de formação do Estado e do Direito modernos. Buscando a essência dos movimentos deste tempo, pode-se dizer que este Estado que começa a ser construído, ocupará o espaço intermediário dos três grandes espaços de poder: o espaço macro territorial dos impérios, descentralizados, multiétnicos e multilinguístico; *o espaço do reino, também complexo, onde será construído o estado nacional com seu projeto uniformizador*; e o espaço local, onde estava então o poder feudal.

Mais um movimento precisa ser lembrado e que pode ainda hoje ser facilmente reconhecido: *o Estado Moderno surge de uma necessidade de segurança de nobres, ameaçados pelos servos em rebelião, e dos burgueses, ameaçado por estas mesmas rebeliões que levavam estes servos rebeldes até os burgos, as cidades*. A necessidade de um poder centralizado, armado, hierarquizado foi fundamental para conter a rebelião e reordenar a sociedade e a economia criando as condições para o desenvolvimento da economia moderna, capitalista. Daí a aproximação (forçada ou estratégica) dos nobres do rei, e dos burgueses, deste mesmo rei. A burguesia se desenvolve sob a proteção do rei e do estado absolutista e depois rompe com o rei e a nobreza ou reestrutura a relação de poder, a partir das revoluções burguesas (Inglaterra, Holanda, França e a guerra de independência dos EUA). Note-se a aliança ainda em vigor em boa parte da Europa entre a burguesia, os nobres e o monarca (Suécia, Holanda, Espanha, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca entre outros).

Lembre-se mais uma vez que o Estado Moderno cria as condições para a viabilidade e expansão capitalista. Sem Estado Moderno não haveria capitalismo. O Estado Moderno trouxe instituições fundamentais para o sistema econômico moderno capitalista que acompanha a todos até hoje: o povo nacional, domado, uniformizado, normalizado; os bancos nacionais; as moedas nacionais; a burocracia estatal e a administração do sistema tributário; o controle da população, dos rebanhos, da produção agrícola e industrial (os censos); a polícia nacional (para conter os excluídos); os presídios e manicômios para estocar o excedente não absorvido pela economia para a finalidade de exploração de mão de obra e guardar os não adaptados; e os exércitos nacionais, responsáveis pela invasão do mundo pelas novas potências, garantindo com isto os suprimento de recursos naturais e mão de obra escrava e depois barata, para as economias capitalistas hegemônicas.

Quais são, portanto, os eixos ou pontos que caracterizam a modernidade? Vai-se procurar identificar cada um destes eixos até os dias atuais,

⁷ A Oceania foi o último continente ocupado pelos europeus. O território que hoje se conhece como Austrália foi ocupado desde cerca de 40 mil anos atrás por povos que foram chamados pelo invasor de **aborígenes**. A Oceania, assim como a América, contava já há muito tempo com a existência de suas civilizações locais, logo, não era uma terra virgem para o “descobrimento”.

nesta segunda década do século XXI. Este exercício é fundamental para se entenda como se está mergulhado nos instrumentos e dispositivos modernos de exclusão, dominação e uniformização.

2.1 Uniformização

Não é possível o poder centralizado e hierarquizado do Estado Moderno sem a uniformização de valores, compreensões e comportamentos. A normalização é essencial para o projeto de poder moderno e logo, da Economia, do Direito e do Estado Moderno.

Lembra-se que o Estado Moderno é construído no espaço dos reinos, um espaço territorial intermediário entre os impérios e os feudos. Estes espaços territoriais correspondentes aos reinos unificados e centralizados (Portugal, Espanha e França) são espaços de complexidades. Estes reinos centralizados que dão origem ao Estado Moderno são formado por diversos grupos étnicos, com idioma, cultura, espiritualidade e religiosidade diversa. Toma-se como exemplo a Espanha: os reis católicos Isabel de Castilha e Fernando de Aragão, pertencem a um grupo étnico específico. No Moderno Estado espanhol, que se constitui, o poder centralizado precisa ser reconhecido pelos súditos. Para que isto ocorra, é necessário que os diversos grupos étnicos e sociais que habitam a Espanha moderna se identifiquem. É necessário que um espanhol da Galícia tenha algo em comum com um espanhol de Castela ou da Catalunha. Aí está a primeira tarefa do Estado Moderno: inventar uma nacionalidade. Esta invenção da nacionalidade é uma necessidade para viabilizar o poder centralizado. Se o rei se afirmasse castelhano, os outros grupos étnicos não acatariam o seu poder. Daí que agora, no lugar de castelhanos, bascos, galegos, valencianos, catalães, devem existir espanhóis. Esta tarefa ocorre com a imposição de um único idioma: o idioma do grupo hegemônico, o castelhano, e a criação da primeira gramática normativa castelhana no mesmo ano de 1492. A imposição de uma única religião: o catolicismo para portugueses, espanhóis e franceses, e o protestantismo para holandeses e ingleses. A religião é um poderoso aliado na uniformização de comportamentos, sua capacidade de controle de comportamento e do pensamento chega onde nenhum outro sistema de controle até então poderia chegar. O crente, mesmo isolado, é

vigiado por um deus onipresente, onipotente e onisciente. A *uniformização do direito*, especialmente do *direito de família* (como uniformização de comportamento e de valores) e do *direito de propriedade* (para viabilizar o capitalismo) é outro elemento importante do Estado Moderno.

Pode-se perceber que este primeiro elemento da “modernidade” está presente nas preocupações do poder e continua sendo necessário para sua continuidade. Uma uniformização de direitos por meio de um falso universalismo; a existência de mecanismos padronizadores; a ampliação do direito punitivo para os não enquadrados; a padronização dos gostos ocultada por uma possibilidade de escolher cada vez mais, do mesmo, como sendo elemento fundamental da sociedade de ultracomosumo neste momento de radicalização da modernidade. É fundamental que todos gostem de consumir as mesmas bugigangas, e que possam escolher o que definitivamente não importa: a cor, o modelo, a marca, o *design*, da mesma coisa. A padronização é travestida de diversidade.

Nesta necessidade de padronização do poder moderno, os mecanismos de uniformização e controle são cada vez mais sofisticados. Em diversos trabalhos, teve este autor (a exemplo de Zizek e Althusser) a oportunidade de discutir a questão da ideologia com autores fundamentais para a compreensão do tema. A escola moderna continua em grande parte cumprindo a finalidade para a qual foi inventada: padronizar, uniformizar, domesticar. O mesmo ocorre cada vez mais na universidade: padrões de qualidade e controle; produtividade; controle; classificações de meios de divulgação; selos de qualidade; “qualis” de revistas nas quais as publicações são válidas; medição de produtividade; enfim, um ultracomo controle que inibe o novo e premia o que está dentro do padrão.

2.2 Lógica Binária Subalterna (nós *versus* eles)

Voltando à origem dos Estados Modernos e dos sistema de controle do pensamento e dos corpos, deve-se lembrar que estes Estados desenvolvem um projeto uniformizador a partir de uma hegemonia. A modernidade ocidental caracteriza-se pela *hegemonia de um grupo sobre os demais, subalternizados. Assim, uma*

*imensa diversidade será ocultada.*⁸ Na Espanha, castelhanos sobre bascos, galegos, catalães, valencianos; no Reino Unido, ingleses sobre escoceses, galeses, irlandeses, e assim em diante.

Percebe-se mais uma equação moderna: neste processo de construção de um *padrão hegemônico uniformizado haverá o nós (superior); o eles (subalternizado uniformizado) e muitas vezes o terceiro excluído*, no caso dos Estados Nacionais europeus são estes os muçulmanos e judeus expulsos, que não podem participar ou sequer permanecer no território destes Estados no momento de sua formação. Reparem, entretanto, que este outro desnecessário na constituição interna, torna-se necessário na construção da hegemonia externa, do Estado espanhol em relação a outros Estados e/ou nações. Assim, este desnecessário na constituição interna das relações de poder do nascente Estado Moderno espanhol se torna fundamental na construção desta nova identidade espanhola. Como já dito, a construção da identidade nacional é um projeto narcisista, e logo necessita do outro subalternizado, inferior, bárbaro, infiel, selvagem ou qualquer outra coisa menos.

Nas relações internacionais, também isto se reproduz: civilizadores *versus* incivilizados. Um elemento que precisa ser estudado é a necessidade e ou existência deste terceiro excluído. Ele sempre está aí? Se está, por que? Este terceiro excluído nestas relações modernas será aquele que não conta para a hegemonia do poder. Se há um civilizador e um bárbaro (civilizável) o terceiro excluído é aquele que não interessa que seja civilizado. Não importa nem para isto. O bárbaro, o selvagem, o outro diferente é fundamental no projeto moderno, inclusive para justificar (explicar) a pretensão de superioridade do civilizador. Afinal, o narcisismo fundamenta a criação da identidade de quem afirma ser superior. O terceiro excluído é aquele desnecessário até

mesmo para que o “nós” se afirme como superior ao “outro”, a “eles”. Este outro invisível cresce em número.

Importante ainda lembrar que esta relação binária subalterna, “nós” *versus* “eles”, se reproduz em todas as relações, desde as relações macrointernacionais, passando pelas relações de poder no âmbito de regiões, Estados Nacionais, subnacionais, cidades, igrejas, comunidades, bairros e famílias, inclusive muitas famílias que estariam, em princípio, fora do padrão moderno, acabam por reproduzir o mesmo padrão moderno do qual inicialmente pretendiam se diferenciar: famílias e casais *gays* que reproduzem a subalternidade presente na relação moderna do masculino e feminino é um exemplo presente.

Mais adiante, vai-se estudar o conceito de “infiltração” e como é possível fazer diferente do padrão, como forma de resistência e até mesmo como pretensão de ruptura.

A lógica “nós *versus* eles” ajuda a entender como é possível viver em uma metrópole moderna. Em meio à violência, exclusão e miséria radical, com as quais se convive, o que ajuda as pessoas a continuarem ignorando tudo isto é justamente o fato de que, aparentemente, isto não lhes diz respeito. Os tantos mortos são os “outros”, são “eles”, diferentes de “nós”. Os que morrem todos os dias justificam as políticas de segurança, políticas de encarceramento. “Eles” justificam a desigualdade de cada dia. “Eles” não podem ser iguais a “nós”. Os que estão nestas cifras são os que contam e são necessários para explicar tudo isto, são “eles”, os monstros, bárbaros, violentos e cruéis contra os quais o Estado deve fazer sua guerra diária. Daí, uma polícia “militar”: não é uma polícia que protege mas uma polícia feita para a guerra, uma polícia que mata o “outro” selvagem. Fora das cifras, estão aqueles que não são necessários nem para engordar as

⁸ Sobre o tema, muitos livros. Pode-se sugerir neste momento a leitura de Mignolo, 2005. Outros artigos muito interessantes podem ser encontrados neste livro organizado por Edgardo Lander, como o de Enrique Dussel, “Europa, modernidade e eurocentrismo”, no qual o autor trabalha um outro conceito de modernidade e desconstrói o mito da herança grega ocidental, entre outros; e o artigo do organizador Edgardo Lander, “Ciências sociais, saberes coloniais e eurocentrismo”. Neste texto, Edgardo Lander apresenta três outros autores que estudam o tema: TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the Past; Power and the production of history*, Boston, Beacon Press, 1995; ESCOBAR, Arturo. *Encounter in development; the making and unmaking of the third world*; Princeton, Princeton University Press, 1995; e CORONIL, Fernando; *The Magical State; Nature, Money and Modernity in Venezuela*; Chicago, Chicago University Press, 1997. Trouillot, trabalha a revolução haitiana, encoberta pela história hegemônica que naturaliza a hegemonia branca europeia. Escravos negros no Haiti não poderiam fazer uma revolução. Escobar traz importantes reflexões sobre o discurso ideológico do desenvolvimento defendendo a necessidade de desnaturalizar e desuniversalizar a modernidade. Para esta tarefa, o autor defende a necessidade de construção de um Antropologia da modernidade. Finalmente, Fernando Coronil faz interessantes reflexões sobre a relação entre História e Geografia e como a modernidade estabeleceu uma hegemonia do tempo sobre o espaço e da cultura sobre a natureza. Tal hegemonia ideológica (falsa) permite o ocultamento de uma compreensão holística desta mesma modernidade e da hegemonia europeia.

cifras. Afinal, deve-se manter os percentuais sob controle.

Mais uma equação é necessária ser compreendida: afinal, em que medida não se reconhece o “nós” neste “outro” subalternizado, animalizado ou coisificado? Ou seria justamente por se reconhecer este “nós” neste “outro” inferior que se quer destruí-lo? Mas, é claro que não se pode destruí-lo pois sem “eles” desaparece a justificativa e aparece a falência da modernidade.

Na política moderna, a de hoje, é fácil encontrar os dispositivos modernos em ação. A subalternização do outro, como adversário, transformado em inimigo, é a principal estratégia do jogo político. Interessante notar que foi justamente utilizando a gramática normativa moderna, que, durante oito anos se teve que ouvir ridículas críticas ao Português falado pelo Presidente da República. Ora, para que aprisionar a linguagem em meio a uma quantidade enorme de regras? Para que inventar etiquetas, formas adequadas de comer e de falar? A quem serve isto? Quem atribui sentido aos significantes? Quem limita o expressar às formas gramaticais ditas corretas? Uma das formas radicais de dominação colonial hegemônica é a criação de um conhecimento que só alguns poderão ter acesso. Na África Colonial, ou na América, o indígena, o habitante originário foi radicalmente excluído do ensino formal e do acesso ao conhecimento e às técnicas. O invasor europeu construiu um Estado e uma economia que exigia o domínio de um conhecimento e de técnicas que eram negadas ao invadido, ampliando sua submissão e dependência. O que os grupos hegemônicos fazem? Criam conhecimentos e técnicas que justificam a sua superioridade e proibem aos subalternizados o acesso a este conhecimento e técnica, o que reforça e “comprova” esta falsa superioridade. Toda uma estrutura é criada para manter a hegemonia intacta em um jogo de encobrimentos e de discursos ideológicos, entendendo aí, ideologia como distorção proposital e encobrimentos.

Sémelin (2009) mostra como a exacerbação da modernidade, do estranhamento do outro inferiorizado foi capaz de gerar genocídios, e como é possível encontrar um padrão de subalternização que pode levar ao extermínio do outro “coisificado”. Como que em etapas de transformação do outro em coisa podemos perceber alguns passos que se repetem:

- *em primeiro lugar a transformação da política em uma competição: adversários que se encontram em uma competição pela*

vitória de seus argumentos diante da “opinião pública”. A “opinião pública” passa a ser mais uma invenção moderna, que ganha contornos sofisticados. O que é a opinião pública? Um jornal de Minas Gerais publicou em sua primeira página, às vésperas do julgamento de uma ação penal (a Ação Penal 470) chamada pela grande mídia de “mensalão”, um manifesto em nome da população de Minas Gerais, com a pretensão de influenciar no resultado dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). O jornal assumiu o papel de representante de uma “opinião pública” sem nenhuma procuração (mandato) para isto, sem mesmo se fundamentar nas habituais pesquisas de “opinião” tão manipuladas ou manipuláveis. A “opinião pública”, na realidade atual de diversos países, tornou-se a opinião da grande imprensa (televisão, jornais, revistas, rádios) altamente concentradas nas mãos de poucos proprietários privados, que criam as pautas de discussão, distorcem fatos e com isto procuram influenciar a opinião das pessoas. Este poder tem sofrido alterações importantes recentemente, principalmente por dois fatores: primeiramente, em alguns países como a Argentina; Bolívia, Equador, Reino Unido, têm discutido o tema e estabelecido limites à concentração de poder nos meios de comunicação. Parte da Europa continental tem, há mais tempo, uma legislação que limita os abusos privados e a concentração dos meios de comunicação o que, entretanto, vem sendo comprometido; um outro aspecto é o fato da *internet* permitir o surgimento de meios difusos de informação alternativa, o que têm, também, limitado o abuso do poder privado concentrado. Importante lembrar que é cada vez menor o acesso a estes meios de comunicação por parte de jovens. A gerações mais recentes se informam, muitas vezes, quase que exclusivamente pela *internet*, acessando *blogs*, *vlogs*, *facebook* e outras redes sociais. Não se sejam, entretanto, demasiado otimistas quanto a estes meios, que são fortemente controlados e vigiados, tanto pelo Estado como pelas grandes empresas privadas. Se de um lado se pode dizer e mostrar o que antes permanecia oculto, de outro lado o controle sobre a vida das pessoas é cada vez maior e sufocante. Como observa Zizek (2004), os argumentos de Hitler se mostraram mais

convincentes e ganharam a opinião pública na Alemanha, na década de 1930. Mesmo que seja claro, que não se tratavam de argumentos racionais, mas de estratégias variadas e sofisticadas, para cooptar, envolver as pessoas, em um discurso ideologizado (ideologia enquanto distorção proposital), com uso da emoção e da estética; a busca da vitória do projeto capitalista conservador, ultra nacionalista e racista, por meio de técnicas de manipulação, encobrimento e distorção do real, foi eficaz em ganhar o apoio de uma parcela expressiva da população, naquele momento;

· entretanto, neste estágio, não bastava ao nazismo (e aos fascismos), que seus argumentos vencessem eleições ou plebiscitos. Lembra-se que os nazistas fizeram uma representação expressiva no parlamento, o que possibilitou a eleição de Hitler como chanceler. O adversário político não poderia continuar sendo um mero adversário, o que poderia permitir que ele chegasse ao poder em um outro momento. *O projeto de poder era (ou continua sendo) totalizante. Logo, o adversário foi transformado em inimigo.* Hoje criaram-se adversários que representam a mesma coisa, o mesmo projeto, exterminando ideologicamente ou criminalizando quem representa uma alternativa real de poder. Os exemplos são muitos: Republicanos e Democratas nos EUA ou partidos de centro-direita e centro-esquerda na Europa. O projeto é o mesmo com variações de estilo, discurso e forma. Ou seja, o projeto de “democracia” liberal é também totalizante, mas de uma forma mais sutil, com adversários permitidos alternam nomes no poder (com basicamente o mesmo projeto) enquanto as alternativas reais de poder são encobertas, desmoralizadas ou criminalizadas (o inimigo político é transformado em criminoso; ou imoral; ou pecador; ou antigo, ultrapassado; ou louco). Percebam isto, diariamente, na grande imprensa no Brasil. Como o outro, o não permitido, o que foge do padrão, é tratado. Percebam como as políticas que não se adaptam ao padrão liberal são expostas nos jornais das grandes redes de TV. É fácil notar, se se estiver atento, a pretensão totalitária (totalizante), em que tudo que não é o padrão (de democracia, de economia, de política) deve ser extirpado por meio de sua

ridicularização ou outros procedimentos. O projeto de poder do chamado “neoliberalismo” é um projeto totalizante. Note-se que a hegemonia liberal foi construída ao lado do discurso do “fim da história” de Francis Fukuyama. A tese era (ou ainda procura ser) de que a história acabou com a derrota da esquerda (do comunismo e do socialismo real). Há um projeto vencedor, uma economia possível, um direito possível, uma sociedade possível. A diferença do projeto totalizante da extrema direita (nazista e fascista) da década de 1930, é que o discurso agora vem acompanhado de palavras como “direitos humanos” (de propriedade e liberdade empresarial); e “democracia representativa”, em que se escolhem variações de um mesmo tema, de um mesmo projeto. Qualquer partido que se coloque no poder por meio do voto popular fará o mesmo, com variações de discurso, estilo e formato. As diferenças permitidas são cada vez menores. Os partidos, grupos, movimentos sociais, ideias, que representam efetivamente algo diferente passam a ser cada vez mais criminalizados, excluídos, ou combatidos pelos “meios de comunicação”, por meio de uma manipulação de extrema radicalidade. Encontram-se, todos, mergulhados em uma guerra ideológica, e esta pode ser facilmente percebida na imprensa brasileira: TV, rádio, jornais e revistas;

· *depois de transformar o adversário político em inimigo, o seguinte passo será o de sua subalternização.* O outro não é um adversário ou inimigo que tenha a mesma estatura moral ou racional. Este outro então, inimigo, é subalternizado, desmoralizado e animalizado;

· *o passo seguinte: surge o discurso da pureza moral (e ou racial, política, etc.).* O puro é extremamente perigoso. Lembra-se de uma passagem extremamente elucidativa presente na Bíblia. Aquele que se julga puro é justamente aquele que é capaz de apedrejar. O discurso da pureza é a antessala do extermínio em massa. O puro tem como contrário o não puro: começa a coisificação do outro;

· *o próximo passo será a geração sistemática do medo.* Percebam como é atual e permanente este processo. Este outro, adversário, transformado em inimigo, subalternizado, animalizado e coisificado,

agora é transformado na grande ameaça a tudo o que mais se preza. Neste momento, serão todos amedrontados, diariamente, continuamente;

· a seguir, um fato. O estopim. É quando este “outro” pratica um ato visível para todos. Quando o que tínhamos se torna realidade: o passo seguinte é o extermínio e a violência sem limites.

2.3 Linearidade Histórica

Outro mecanismo que fundamenta a lógica moderna é a percepção da história enquanto evolução, desenvolvimento, progresso: a linearidade histórica.

A ideia de linearidade histórica, ainda estudada nas escolas modernas pelo mundo afora cria a ideia de que existe um caminho a ser percorrido em direção ao desenvolvimento (progresso, evolução) e que as diversas sociedades estariam em graus distintos de evolução. Note-se que se pode encontrar na expressão diversas civilizações. Mas, o reconhecimento de diversas civilizações ocorre, geralmente no tempo. Ou seja, em tempos distintos têm-se civilizações distintas: o Egito antigo; a Índia; China; Gregos e Romanos, etc. Este geralmente é o formato dos livros didáticos nas escolas modernas. Ou seja, a Índia, a China, a Grécia, o Egito foram importantes civilizações. Se elas foram, qual atualmente é?

Pode-se perceber, no estudo da História em geral ensinada nas escolas modernas que não é comum encontrar referências à existência de civilizações distintas convivendo em um mesmo momento. Quando isto ocorre, não há em geral uma referência a uma convivência entre estas civilizações mas um confronto de civilizações. Desta forma, uma delas estará sendo superada pela outra. Ou seja, de novo, o outro diferente é sempre subalternizado. O confronto entre um oriente (eles) e um ocidente (nós) é um dos motes modernos, em que o outro oriental, muçulmano ou asiático, é apresentado como perigoso, atrasado. São comuns as referências na imprensa “livre” sobre as violências do Oriente perigoso. O Irã dos Aiatolás; a China autoritária; a Coreia do Norte totalitária; a Arábia Saudita absolutista, todos Estados que não chegaram à modernidade, pois não incorporaram os valores de “democracia” e “Direitos Humanos” do Ocidente

evoluído, desenvolvido. Não há, portanto, geralmente, civilizações convivendo de forma não hegemônica, com projetos distintos e possivelmente complementares. Há sempre a pretensão de uma civilização suplantando a outra. Em outras palavras, a um projeto civilizatório, que todos devem seguir para serem desenvolvidos, e este projeto é o ocidental. Com isto é encoberto, no senso comum, e mesmo no ensino nas escolas, a compreensão da História de outras civilizações em uma perspectiva plural não hegemônica, e como, e por que, por exemplo, os fundamentalismos religiosos se manifestam (seja cristão, muçulmano ou judeu), ou o porquê dos autoritarismos e totalitarismos. Perde-se a dimensão de compreender a África hoje, fruto da violência e saques permanentes dos invasores, e como a pluralidade de perspectivas de mundo foi encoberta, exterminada, deturpada, e como ainda se encontra oculta. Ou, perde-se mesmo a compreensão de como a Arábia Saudita se transformou em um Estado Moderno, com uma moderna monarquia absolutista.

Nesta linearidade histórica, ouvem-se mesmo absurdos como a expressão de modernidade tardia, ou capitalismo tardio, como se alguns países do continente “americano”, por exemplo, que foram chaves na construção do mundo capitalista moderno, só agora chegassem à modernidade e ao capitalismo evoluído. Ora, se existe este sistema econômico, ele se construiu enquanto tal, justamente com a exploração dos recursos naturais da América, África, Ásia e Oceania, e claro, da Europa, e com a colonização, a opressão e incontáveis violências contra os povos originários destes continentes. O capitalismo moderno não é mais Suécia ou os Estados Unidos, do que a Somália, o Paraguai, o Brasil, Burkina Faso, Congo ou México, ou qualquer outro Estado nacional que se constitui a partir do projeto moderno e se inseriu neste projeto com papéis distintos, alimentando o sistema com mão de obra escrava e/ou barata; com recursos naturais, ou como consumidor destes recursos ou do produto no qual estes recursos foram transformados. Este sistema só foi possível porque se constituiu enquanto um sistema global de exploração, guerras coloniais, exploração, escravidão e colonialidades⁹.

Toda vez que se escutam expressões como “países desenvolvidos”; “países emergentes”; “em desenvolvimento”, “desenvolvidos”, está presente, é claro, um modelo de desenvolvimento. Há um caminho que todos devem seguir para chegar até

⁹ O que de colonial persiste nas sociedades que foram colonizadas, presente na vida diária, nas relações sociais e econômicas e na política interna e internacional.

ao desenvolvimento, e o modelo de desenvolvimento está posto. Poder-se-ia visitar Hegel, como filósofo moderno, em meio a quase todos os outros filósofos modernos ou modernizados conhecidos, e concluir que, a grande meta é se tomar, todos, germânicos. Como isto é impossível, passarão os tempos procurando copiar, imitar o grande civilizado.

2.4 Universalismo Europeu¹⁰

A partir da uniformização, do pensamento binário subalterno e da concepção linear da História, a lógica moderna vai se revelando. Se tudo precisa ser uniformizado, se a diferença e a diversidade devem ser ocultadas; se há sempre um “nós” superior, e um “eles” inferior; e se este “nós” superior, na sua missão de padronizar, uniformizar, exerce uma função civilizatória, logo, a conclusão seguinte é que, este projeto único, linear e totalizante, tem a pretensão de, claro, ser universal. Esta é sua vocação, ou poder-se-ia dizer, numa forma ideológica (aqui empregado o termo ideológico como distorção e encobrimento proposital), a pretensão de universalidade da civilização, da Filosofia, das epistemologias, da religiosidade e das ciências modernas ocidentais, faz parte da essência desta modernidade. Se enquanto projeto, a modernidade, a universalização de tudo produzido por este Ocidente, é uma meta; enquanto ideologia, o universalismo europeu enquanto um universalismo universal é da essência desta mesma modernidade.

Assim, descobre-se mais um ponto essencial da modernidade hegemônica: aqueles que se tornam hegemônicos passam a ter a possibilidade (poder de dizer) de construir os significados, de atribuir sentido ao mundo, às palavras, fatos, ideias. Assim o “nós” hegemônico dirá o que é ciência, o que é filosofia, qual a epistemologia e quais valores são os verdadeiros. Ora, a equação é simples: se se pode dizer o que é a ciência, logo, ciência, será aquilo se faz, e não-ciência o que os outros, “eles”, subalternizados, fazem.

Assim será a construção deste mundo: a economia do “nós” é a única verdadeira possibilidade e logo será “naturalizada” ou “matematizada”; o mesmo com o Direito (e assim os Direitos Humanos) naturalizado; a religião é a “nossa” a dos outros (“eles”) são seitas, concepções primitivas, animistas ou superstições; a Filosofia com validade universal

é a “nossa”, a “deles” são, no máximo, étimo-filosofias; o “nosso” conhecimento sobre o corpo e mente e seu funcionamento é ciência médica, enquanto eles são curandeiros; e assim em diante.

A técnica da naturalização e mais recentemente, de matematização, é um poderoso instrumento ideológico amplamente utilizado.

A palavra ideologia têm diversos significados. Vários autores, a partir de Marx, construíram conceitos diversos para a palavra no seu sentido negativo, enquanto distorção proposital, encobrimento. Utilizada de forma mais profunda, em seu sentido negativo, pela primeira vez por Karl Marx, diversos marxistas, pós, neo, e não marxistas, discutiram o seu sentido no decorrer do século XX. Um livro muito interessante organizado pelo filósofo psicanalista Slavoj Žižek (1996) oferece quinze textos de diversos autores, abordando o tema. Entre estes diversos sentidos, pode-se dividir os autores, correndo todos os riscos da simplificação (que existe), em dois grandes grupos de sentido: um sentido positivo, de ideologia enquanto um sistema mais ou menos coerente de ideias, pré-compreensões, valores e sentidos por meio dos quais se acessa e se interpreta o mundo; e um sentido negativo, para o qual a palavra ideologia expressa os mecanismos e práticas de distorção, encobrimento, ocultamento proposital visando manipular e levando as pessoas a agirem de uma forma que não agiriam se estivessem percebendo os reais jogos de poder, ou as razões ocultadas pelos discursos e práticas sociais, culturais, religiosas e econômicas.

Entre estes discursos ideológicos, encontram-se a naturalização e a matematização. O que significam estas práticas discursivas?

Esta técnica consiste em atribuir características das ciências naturais às ciências sociais. Ora, isto é comum e simples de ser compreendido. A ciência econômica é uma ciência social aplicada, de forte característica cultural e comportamental. A forma como as pessoas se comportam diante de estímulos de consumo e poupança, por exemplo, a criação de demandas e desejos de consumo são fundamentais para o funcionamento da sociedade de consumo e hoje mais ainda em uma sociedade de ultracomo. A ciência econômica, desta forma, e o funcionamento da economia, estão intimamente relacionada com

¹⁰ Ler Walerstein, 2007.

comportamentos culturais, com necessidade básicas e necessidades criadas, com desejo, busca de prazer, segurança e outros sentidos e sentimentos.

Existem diversas teorias econômicas que apresentam distintas soluções para o mesmo problema, diversos caminhos que a política econômica aponta para a solução de problemas e para a construção de sistemas econômicos distintos, fundamentados em interesses distintos.

Durante a construção do Estado e do Direito Modernos, e de suas transformações nos últimos quinhentos anos, a economia se relacionou de forma distinta com o Direito. Assim, na economia liberal, no surgimento do Estado liberal, a economia não deveria ser subordinada ao Direito e, logo, ao Estado. Assim, os economistas liberais da época defendiam o afastamento do Estado da economia, e a proteção da não-intervenção estatal na economia se tornou uma das tarefas principais da Constituição. Uma das justificativas desta não intervenção estatal foi justamente a construção ideológica de uma economia naturalizada. Diziam, então, os liberais, que a economia funcionava com regras e princípios naturais, assim como a lei da gravidade era uma lei natural inalterável: assim funcionavam as leis da economia. Esta confusão proposital entre ciência social e ciência natural é a essência deste mecanismo ideológico. Qual a sua consequência? Embora o argumento seja primário, e a confusão grosseira, o fato das pessoas acreditarem, no senso comum, de que a economia era um processo natural, fundamentava (e ainda fundamenta por mais incrível que pareça) a não-intervenção estatal ou qualquer outro tipo de regulamentação econômica. Não há escolha possível na economia. A economia é, assim, pronto, e acabou. Não há nada que se possa fazer contrário à economia liberal pois esta passou a ter um *status* de ciência natural.

No fim do século XIX, novas teorias econômicas denunciavam esta falsa proposição. Marx é a grande referência e influenciou diversos economistas neste século e no século XX. Ao revelar o engodo da confusão entre ciência social e natural e, logo, ao colocar a economia em sua real dimensão histórica e social, Marx abria possibilidades para se construir qualquer outra coisa, pois se passa a ser responsável pela história. Pode-se, se estiver consciente, construir outra economia, outra sociedade, pois se é tido como dono da história. Mas, para isto era necessário que as pessoas fossem capazes de sair da mentira ideológica, de percebê-la. A naturalização da economia tinha a capacidade de imobilizar as pessoas. Ora, não se pode nada

contra as leis naturais: de nada adianta uma lei, uma política, uma decisão democrática tomada contra uma lei natural que seria, naquela compreensão, imutável.

A partir de então, no século XX, assiste-se ao surgimento de Constituições sociais e socialistas. Agora, a economia (ciência social aplicada) deveria se subordinar a valores, princípios e políticas estabelecidas pelas leis e pela Constituição social, por sua vez, fruto da vontade popular. Em outras palavras, as pessoas, democraticamente, poderiam escolher seu sistema econômico, escolher como viver e como repartir os frutos do trabalho. A reação a este sistema por parte dos grandes proprietários na indústria, no campo e no sistema financeiro é brutal. Assiste-se ao desmonte dos direitos sociais (saúde e educação pública), direitos trabalhistas e previdenciários. Este desmonte começa no fim do século XX e é acelerado com a crise de 2008. Na Europa e nos EUA, direitos conquistados com muita luta social desapareceram. Este desmonte do Estado social (e do Estado socialista) vem acompanhado da restauração do discurso ideológico da naturalização da economia, agora acompanhado do discurso da matematização.

Para entender o discurso da matematização também é muito fácil. A estrutura argumentativa e a mesma, e a técnica de encobrimento e distorção também é a mesma: transforma a economia, de uma ciência social aplicada em uma ciência exata. Ora, a consequência é a mesma: de nada adiantam debates democráticos, decisões políticas, definição de políticas econômicas, elaboração de leis e de Constituições contra a ideologia econômica hegemônica, pois esta se fundamenta em equações matemáticas, e de nada adianta uma decisão democrática, uma lei uma Constituição contra a Matemática.

A mesma prática ideológica também fundamentou o discurso jurídico hegemônico. O Direito Natural fundamentou – e por incrível que pareça, ainda fundamenta – a ideia de universalização de direitos e o próprio Direito Internacional. Os Direitos de Propriedade e de liberdade foram universalizados sobre o argumento de que liberdade e propriedade eram da essência natural do ser humano. Ainda hoje encontra-se este discurso que parte do mesmo pressuposto: transformar uma ciência social aplicada (o Direito) em uma ciência natural, especialmente os direitos fundamentais.

Uma experiência que sempre este autor faz, quando trata do tema em palestras, é a seguinte:

pelo para as pessoas no auditório falarem o primeiro nome de um(a) filósofo(a) que vier à cabeça. Invariavelmente, até o momento, num público majoritariamente na área das ciências sociais, os nomes são quase os mesmos: quatro ou cinco alemães (Kant, Hegel, Nietzsche, Habermas e outros); três ou quatro gregos (Sócrates, Aristóteles, Platão, e outros), um ou outro inglês (Locke), francês (Sartre), e quando aparece uma mulher, Hannah Arendt ou Simone de Beauvoir. Notem que, todos europeus e majoritariamente homens.

Ora, têm-se dois fatores que influenciam este resultado. O primeiro fator é a hegemonia europeia moderna, já debatida neste texto, que construiu uma sociedade que busca uma homogeneidade marcada pelo ocultamento do “outro” (“eles”) subalternizado. Este “outro”, que não só foi proibido de pensar como teve sua cultura, suas filosofias e epistemologias proibidas, ocultadas e muitas vezes destruídas juntamente com toda uma civilização. O segundo fator se traduz na marca de uma hegemonia “ocidental europeia” construída sobre a subalternização da mulher (a “outra”, “elas”) em uma cultura marcadamente androcêntrica. Este “outro(a)” (“elas(es)”) e tudo o que “ele” pensa, sente e entende nunca será universal neste contexto moderno, pois não são sua filosofia, suas epistemologias e sua espiritualidade que se tornaram hegemônicas. Lembra-se que esta hegemonia foi construída a partir da força das armas e da ideologia (religião), o que possibilitou a hegemonia econômica, política e cultural, hoje determinantes.

2.5 Indivíduo

A modernidade inventa o indivíduo: este homem racional dissociado da natureza, espírito preso em um corpo que se desnaturaliza. Decorrente desta ideia está a transformação da natureza em recurso a ser explorado pelo homem racional (indivíduo). O pensamento de Descartes (entre vários outros filósofos modernos como Hegel e Kant) é fundamental para justificar o racismo e toda a violência moderna. Razão e corpo são separados. Existem corpos sem espírito, sem razão, que podem, por isto, ser escravizados.

2.5.1 Recursos naturais

Decorrente da ideia anterior, a natureza existe para servir este homem racional que deve domar e explorar os seus recursos para o seu bem estar. A mulher também é natureza, e a subordinação de sua

vontade e seu corpo encontram fundamento igual.

O crime que mais cresceu no Brasil na última década foi o estupro, e entre os grupos de mulheres que mais sofreram esta violência, está, no Brasil e nos EUA, as mulheres indígenas. Mulher é natureza selvagem. A separação do homem da natureza e a transformação (ou reafirmação da natureza como recurso) explica o atual estágio de agressão ao meio ambiente e as mais variadas formas de vida.

3 INFILTRAÇÕES

Como fazer diferente? A ideia de infiltração traz práticas que negam ou ignoram o que se chama de núcleo essencial do poder moderno que permitiu a construção do Estado Moderno e do capitalismo: a uniformização; o dispositivo “nós” *versus* “eles” (pensamento binário subalterno); o universalismo europeu; a linearidade histórica; a invenção do indivíduo e a consequente separação do indivíduo da natureza transformando esta última em recurso a ser explorado pelo indivíduo racional que doma a natureza selvagem.

É perceptível a existência de processos diversos e dinâmicos de resistência, assimilação, rupturas, tentativas de rupturas, que sistematicamente têm cedido às armadilhas modernas que se constituem nos eixos acima mencionados.

Um exemplo são as revoluções socialistas no século XX. A ruptura com a economia moderna capitalista não veio acompanhada com a ruptura com as instituições e situações que permitiram a construção e desenvolvimento da mesma economia. Assim, romper com a economia moderna (capitalista) sem romper com o Estado Moderno e com este, romper com as práticas uniformizadoras, a linearidade histórica, e a lógica binária subalterna, enfraqueceu e impossibilitou a construção da nova sociedade sem Estado, pretensão do comunismo. Construir o novo com os instrumentos, práticas e políticas do velho contaminou o projeto comunista. Como construir uma sociedade plural e sem Estado, com práticas de homogeneização, centralização e percepção linear da História? A linearidade implica em hegemônias e traz consigo conceitos como desenvolvimento, evolução, progresso e, logo, subalternização e estranhamento do diverso, do que não se enquadra no padrão? O socialismo real, em geral, foi moderno e nisto consistiu o seu erro. Manteve a ideia de desenvolvimento, evolução, padronização e busca de um lugar onde chegar,

previamente estabelecido. Neste sentido, foi religioso ao sonhar e imaginar o paraíso, um lugar final para se chegar e permanecer. A ruptura precisa ser com todo o aparato que viabilizou a economia, o Estado e o Direito Modernos, com sua democracia liberal representativa, majoritária. A ruptura precisa ser com qualquer prática hegemônica e padronizadora.

A ideia de infiltração (infiltrações) pode ser, neste sentido, potencialmente radical e revolucionária. No que consiste? Em práticas diárias, múltiplas, individuais, coletivas, locais, regionais, pessoas, organizações, coletividades, comunidades, cidades, regiões, etnias, coletivos de trabalhadores, sem teto, sem terra, artistas; enfim, pessoas coletivas ou singularidades coletivas diversas que fazem diferente, que não reproduzem o sistema moderno em sua essência. Especialmente, que desconsideram as práticas hegemônicas e padronizadoras modernas.

As infiltrações não seriam apenas as práticas contra o sistema: estas também não podem ser desconsideradas, mas as infiltrações são especialmente as práticas que desconsideram o sistema. Não se precisa, não se preocupa, não se quer este sistema. A ideia de novos usos de Agamben (2007) pode ser muito importante para a compreensão destas práticas. Agamben se refere aos mitos, ritos e sacralizações, e desenvolve uma ideia importante para desenvolvermos a ideia de infiltração: profanações.

Assim, estas práticas e pensamentos infiltrados podem ser vistos em uma perspectiva mais romântica, como fissuras no sistema. Uma imagem dramática destas fissuras (que geram infiltrações) seria como uma gigantesca represa (a represa moderna), aonde fissuras vão surgindo em todas as partes, gerando infiltrações, aumentando a pressão da água, até o ponto que a barragem, a imensa barragem moderna estoura, levando tudo. Esta imagem não é, hoje, impossível de acontecer. Restaria se construir tudo diferente. Prefere-se [o autor do presente texto], entretanto, uma outra imagem. Infiltrações que se proliferam a tal ponto que o sistema se esvai, desmancha no ar. As práticas infiltradas seriam com este enorme poder moderno como a falta de crença fez com os deuses gregos. O maior temor de um deus é que as pessoas deixem de acreditar nele. O seu poder que se manifesta diante de todos, de forma monumental, é na verdade o poder concedido por todos, para ele. Quando as pessoas deixarem de acreditar neste imenso poder, ele simplesmente desaparece, e este imenso poder volta para todos e cada um.

3.1 Rupturas

O constitucionalismo moderno apresenta várias possibilidades de rupturas com o conceito de modernidade desenvolvido neste texto. Não se vai analisar todas elas, mas nos limites deste texto, apenas a questão da diversidade, um dos elementos fundamentais para a compreensão do novo constitucionalismo e, ao final, apenas se mencionarão outros aspectos que deverão ser estudados.

3.2 Diversidade – para além do Direito à Diferença

Antes de se analisar a diferença entre estes direitos de diferença e diversidade, procurar-se-á compreendê-los como infiltrações modernas. O que seriam estas infiltrações? Como elas ocorrem e quais podem ser suas consequências?

No conceito que o texto construiu de modernidade, viu-se que esta é europeia, não existe para todos, é hegemônica e necessita de uniformizar os menos diferentes, expulsando, excluindo, exterminando, encarcerando os considerados mais diferentes nestes quinhentos anos de modernidade europeia. Delimitando o conceito de modernidade em sua tarefa hegemônica de criação de uniformidades (padrões), pode-se compreender como “infiltrações” os movimentos que contrariam este objetivo.

Tem-se uma hipótese que se abre para comprovações e refutações que muito poderão ajudar na compreensão deste projeto moderno. Em medidas distintas, os movimentos de resistência e busca por ruptura, ou mesmo as aparentes rupturas, reproduzem os elementos essenciais da modernidade: padronização, uniformização e pensamento binário subalternizado (“nós” civilizados *versus* “eles” incivilizados), que se reproduzem em discursos mitológicos da modernidade como o “universalismo” europeu; a separação do indivíduo da natureza; o desenvolvimento linear que sustenta o discurso civilizatório ocidental. Mais, em medidas distintas, os pensamentos político, econômico e filosófico modernos reproduzem estas hegemonias e mitos, o que pode ser encontrado, por exemplo, em Hegel, Kant, Marx, e nas construções políticas, econômicas e filosóficas do liberalismo, socialismo, comunismo, social-democracia e, claro, no conservadorismo de direita, assim como nas exacerbações modernas do fascismo e do nazismo (a extrema direita). Há algo de não moderno? Onde existem as infiltrações e quais são os movimentos

de resistência efetiva que escapam do núcleo moderno?

Neste sentido, analisa-se o direito à diferença (individual e coletivo) e o direito à diversidade (individual e coletivo).

3.2.1 Direito à diferença

Em que medida ou quantas vezes a luta e a conquista de direitos dos grupos subalternizados não foi transformada em permissões de “jouissance” que enquadraram os “diferentes” nos padrões modernos? O direito à diferença pode ser considerado uma infiltração na modernidade que pode destruir sua represa de uniformização e subalternização?

O direito à diferença confronta e desafia a tarefa do Estado e do Direito Moderno de uniformização de comportamentos e valores, e de encobrimento, expulsão, encarceramento ou eliminação daqueles grupos ou pessoas que resistem ou não se adaptam à padronização. O padrão moderno de hegemonia do “homem branco europeu” construiu uma sociedade androcêntrica, estabelecendo a sua primeira “outra” diferente: a mulher. A relação entre homens e mulheres, marido e mulher, explicita o dispositivo “nós” superior e “elas” inferior¹¹. As lutas das mulheres pela ressignificação de seu sentido social pode se apresentar de três formas: como resistência; como busca por ruptura; ou ainda, como infiltração, ao negligenciar o padrão masculino. Em todos os casos, vê-se uma ameaça ao projeto moderno.

Esta luta por direitos das mulheres (direito à diferença enquanto um direito individual) e os seus mais recentes fatos e construções teóricas, é importante para que se exemplifique o que se entende por resistência; busca de ruptura (confronto); negligência (infiltrações). Assim como a transformação desta luta em assimilações e permissões por contaminações pela modernidade.

O luta pelo direito à diferença pode ser entendido como uma infiltração no projeto moderno de uniformização e subalternização do outro (diferente) na medida em que, os movimentos sociais diversos, que lutam por “reconhecimento”, forçam sua entrada no sistema, criando tensões e contradições que podem levar ao comprometimento, transformação e até ruptura do sistema moderno.

Será? Como o sistema reage a estas tensões? Primeiro, ao pedir reconhecimento, este pedido significa entrar no sistema. O pedido de reconhecimento pelo sistema é um pedido de acolhimento pelo sistema, o que pode significar que se está a um passo da transformação de um direito em uma permissão, assim como a contaminação desta luta pela lógica do sistema. Assim, esta luta por reconhecimento deixa de ser contradição em relação ao sistema (moderno) e passa a ser comandada pelos mesmos princípios uniformizadores e binários subalternizados da modernidade.

Um exemplo disto pode se encontrar na História, na luta de mulheres revolucionárias, que já foi por um novo sistema (ainda há exceções) que supere as exclusões e passou a ser majoritariamente uma luta pelo reconhecimento de direitos pelo sistema, o que mantém algum tipo, sempre, de exclusão. A líder operária norte-americana “Mother Jones” (Mary Harris, imigrante pobre irlandesa que participou da fundação do partido socialista dos Estados Unidos da América, em 1901) discursou no início do século XX: “Fora a derrota total do sistema capitalista, não vejo nenhuma solução. Em meu juízo, o pai que vota pela perpetuação deste sistema é tão assassino quanto se pegasse um revólver para matar seus próprios filhos.” (GORN, 2012, p. 19).

O projeto de mudar todo o sistema é transformado, nas últimas décadas do século XX, em reivindicações pontuais e fragmentadas, de grupos que passam a atuar individualmente e reproduzem a lógica moderna “nós x eles” como, por exemplo, “nós” mulheres *versus* “eles” homens.

Butler (2011) chama a atenção para muitos casais *gays* femininos que reproduzem a lógica binária “masculino *versus* feminino” fundado no pensamento binário de subalternidade do outro, quando se vê uma pessoa assumindo o papel masculino de opressão (com violência física e/ou moral) sobre a outra pessoa do casal que desempenha o papel histórico moderno da subalternidade feminina.

Butler destaca, também, a necessidade de superar o pensamento binário na questão de gênero (ou mesmo superar o gênero) para evitar reproduzir a opressão binária presente no conceito de sexo (biológico) e de gênero (social cultural naturalizado).

¹¹ O lugar da mulher não é o mesmo nas “outras” culturas que foram subalternizadas na modernidade, embora a subalternidade feminina possa ser encontrada em vários outros tempos históricos.

Citando Butler (2011, p. 13):

Aunque algunas lesbianas afirman que la identidad lésbica masculina no tiene nada que ver con “ser hombre”, otras sostienen que dicha identidad no es o no ha sido más que un camino hacia el deseo de ser hombre. Sin duda estas paradojas han proliferado en los últimos años y proporcionan pruebas de un tipo de disputa sobre el género que el texto mismo no previó.

Ao se referir ao não previsto no texto, Butler se refere a um texto seu que fundamentou o início do desenvolvimento da teoria *Queer*.

Vê-se, aí, o exemplo de que o que aparece como resistência se transforma em luta por ruptura e reconstrução de sentidos, pode acabar por se transformar em aceitação de “permissões” que contaminam a luta por direitos de diferença reproduzindo de novo o padrão moderno “uniformizador” e “binário opressivo” que rebaixa ou subordina um outro, qualquer outro.

A história do movimento *gay*, em busca de revolução e construção de uma outra sociedade onde haja espaço para “todxs”¹², ajuda a compreender as perigosas armadilhas modernas e leva ainda a entender como, mesmo exigindo uma outra sociedade igualitária economicamente (e não só), a esquerda caiu em várias armadilhas modernas:

En la noche del 27 de Junio de 1969, la policía irrumpe en Stonewall Inn, un bar gay de Nueva York frecuentado por travestis afroamericanos y portorriqueños. Aropellos, redadas, arrestos: el control se excede e degenera. Se suceden tres noches de motines que radicalizan el movimiento homosexual y desembocan en la creación del Gay Liberation Front (GLF) (BREVILLE, 2012, p. 19).

Na obra “Gay Manifesto” de Carl Wittman (1970), conforme notícia Breville (2012, p. 19), o autor assinala que é necessário unir a luta dos oprimidos associando compromisso revolucionário com emancipação social. Para o autor, é necessário perceber que os heterossexuais, assim como os

brancos, homens, anglófonos e capitalistas, só percebem o mundo em um registro binário hierarquizado em que um é inferior a dois que é inferior a três, e assim por diante. Não há lugar para a igualdade e as oposições binárias sempre remetem a um inferior: homem/mulher; heterossexual/homossexual; patrão/empregado; branco/negro; rico/pobre. Nos Estados Unidos da América (EUA), o movimento revolucionário *gay* pretende estabelecer uma nova ordem que lute por um mundo sem os padrões uniformizadores e, logo, sem o padrão binário de subalternização do outro. Na década de 1960/70, o discurso do Gay Liberation Front (GLF) seduziu o Black Panther Party (BPP) e os lemas “Black is Beautiful” e “Gay is good” foram vistos juntos. Em 1970, na “Revolutionary People’s Constitutional Convention” defendia-se a união das lutas dos “outros” subalternizados e excluídos pela modernidade: a união de negros, mulheres e *gays* para a construção de um outro mundo.

Na década de 1970, dezesseis grupos revolucionários como o Gay Liberation Front, representando dez países, reuniram-se para formar uma Internacional Homossexual Revolucionária (IHR). Na França, a Frente Homossexual de Ação Revolucionária (FHAR) associava na defesa de mudanças radicais dos costumes e transformação social. Esta história é especialmente importante para se pensar a hipótese ora proposta. A defesa da Frente é a mudança da sociedade, ruptura com o capitalismo e o que este sistema econômico traz com ele: a uniformização de costumes e valores assim como com os registros binários (o dispositivo moderno “nós superiores” *versus* “eles inferiores”). Tratava-se mais do que uma resistência: era a ruptura e a ressignificação do mundo. Em que medida esta ruptura poderia efetivamente romper com os elementos essenciais da modernidade acima mencionados? O movimento representava mais do que uma infiltração nas estruturas modernas, não se tratava apenas (o que não é pouco) de pessoas e coletivos fazendo diferente no meio do sistema¹³, era abertamente contrário, combatia os alicerces modernos uniformizadores e binários: não apenas negligenciava (profanava) o sistema, mas o combatia frontalmente¹⁴.

¹² “Todxs” é uma tentativa de comunicar o que os idiomas modernos e sua gramática padronizada não nos permite. Todxs significa inclui para além de homem e mulher, qualquer dos diversos gêneros socialmente construídos e existentes, assim como para além de qualquer gênero ou classificações limitadoras.

¹³ A ideia de infiltração como contradição interna no sistema, com a presença de práticas que negam a sua essência e pode, em um momento, comprometer o funcionamento deste, pode ser complementada pela ideia de negligência, profanação do sistema, na ideia desenvolvida por Agamben (2007).

¹⁴ Não se quer dizer que negligenciar não tem a força de destruir o sistema. Talvez hoje a negligência em relação ao sistema (a profanação no significado trabalhado por Agamben) seja a maneira mais eficaz de construir um outro mundo.

Na luta por transformação, a FHAR procurou alianças políticas. Os seus militantes atuavam em grupos de trabalhos temáticos, distribuíam folhetos e organizavam reuniões de informação. A aproximação com o Partido Socialista Francês não funcionou. Bem moderado, o Partido atuava dentro do jogo político representativo moderno e, entendendo ser prudente e conveniente para seus interesses, dizia que as preferências sexuais pertenciam à esfera privada (grave equívoco) e que não mereciam posições políticas. O Partido Socialista Unificado foi mais simpático às FHAR, mas não compartilhou das propostas revolucionária da Frente. Diante disto, os olhares se voltam à extrema esquerda. Guy Hocquenghem, comprometido com a organização maoísta *Vive la Revolution* (VLR) sugeriu a utilização do periódico “*Tout*”, na época dirigido por Jean Paul Sartre, que abre as portas à Frente. Alguns membros das FHAR redigem as quatro páginas centrais do periódico. Defendem, entre outras coisas, que os homossexuais saiam do gueto mercantil em que a sociedade burguesa os colocou. No dia primeiro de maio de 1971, as FHAR procuram se aproximar ainda mais do movimento operário. Alguns *gays* radicais desfilam ao lado dos sindicatos carregando um grande cartaz que diz: “Abaixo a ditadura dos normais”. Entretanto, a aceitação do movimento revolucionário *gay* encontra muitas dificuldades e é combatido à direita e à esquerda. De maneira que ilustra bem a hipótese proposta (da necessidade de compreender a modernidade para compreender o capitalismo e as possibilidades de sair deste sistema), o discurso binário de esquerda é reafirmado: a luta é entre capital e trabalho; trabalhadores *versus* capitalistas, e não entre normais e anormais.

Este discurso ignora todos os ataques ao pensamento e à luta de esquerda que foi criminalizada e “anormalizada” no decorrer dos séculos XIX e XX, sendo combatida com o Direito Penal, a Medicina e a Psiquiatria. Este discurso reproduz o pensamento binário subalternizado e a uniformização, essenciais à modernidade, e tarefa principal do Estado e do Direito Modernos.

A esquerda caía na armadilha moderna, se é que, efetivamente, esteve, de forma majoritária, fora dos grilhões da modernidade¹⁵, em algum momento. A concepção de história, de esquerda, foi, e ainda é, em muitos casos, uma concepção linear moderna, encontrando, entretanto, importantes críticas em autores como Benjamin.¹⁶

O flerte entre o movimento revolucionário e o projeto revolucionário operário tem um triste episódio que pode ilustrar como o Partido Comunista Francês (PCF) sucumbe à modernidade, e logo, compromete qualquer projeto revolucionário efetivo¹⁷. Em 1972, Pierre Juquin resume a posição do Partido Comunista Francês afirmando que: “La cobertura de la homossexualidad o de la droga nunca tuvo nada que ver con el movimiento obrero. Tanto una como la otra representan incluso lo contrario del movimiento obrero.” (BREVILLE, 2012, p. 19).

Durante um encontro do Partido, Jacques Duclos (que foi candidato à presidência da França pelo PCF), ao ser perguntado por um militante das FHAR se o Partido Comunista tinha revisto suas posições sobre supostas perversões sexuais, agride verbalmente de forma violenta todos os militantes *gays* com um discurso muito semelhante a um discurso religioso de direita, ao afirmar que “as mulheres francesas são sãs; o PCF é sã; os homens são feitos para amar as mulheres.” (BREVILLE, 2012, p. 19).

O que se assiste, desde então, é uma cada vez maior fragmentação das lutas por direitos, o que compromete o seu sucesso, facilita o atendimento de demandas por meio de permissões, divide os grupos oprimidos (“*elxs*”) e inviabiliza ou dificulta extremamente qualquer projeto alternativo de construção de uma sociedade plural, não hierarquizada (entre “*nós*” *versus* “*eles*”) e não excludente.

Um ponto para investigação e reflexão pode ser realizado a partir destas conclusões: em que medida o movimento *gay*, o movimento feminista, entre outros, de movimentos de resistência, de ruptura ou de negligência (profanação) em relação à modernidade, se transformaram em movimentos

¹⁵ Para entender o texto é necessário lembrar o sentido de “modernidade” empregado no texto.

¹⁶ Breville (2012, página 35). A obra de Walter Benjamin pode hoje ser encontrada em português em publicações recentes das editoras Autêntica e Brasiliense: Benjamim, 2011; Benjamim, 2012; Benjamim, 1994. Sobre Walter Benjamin interessante ler Löwy, 2005.

¹⁷ Na perspectiva de que a modernidade (representada pelo Estado e o Direito Moderno) cria e sustenta o capitalismo e logo, qualquer tentativa de superar este sistema econômico deve implicar na compreensão para superação da modernidade nos seus elementos nucleares: uniformização e logo rejeição da diversidade; falsa universalização; justificativas de poder sustentadas sobre o pensamento binário de subalternização do outro; história linear; separação do indivíduo da natureza e concepção de um indivíduo monolítico, não processual e isolado.

reivindicatórios de permissões de “jouissance” por parte do Estado? Fica, por enquanto, a provocação.

Ao combater o capitalismo moderno, as esquerdas e vários de seus mais importantes pensadores (não generalizando, é claro), reproduzem a lógica binária; a linearidade histórica e o universalismo “europeu”, estranhando e subalternizando o diferente. Mais uma vez ocorre a contaminação pela modernidade de lutas de resistência ou de lutas por rupturas. Vislumbram-se lutas internas de transformação da modernidade, mas as pretensões de rupturas revolucionárias não se mostraram tão profundas, pois, ao pretender romper com a economia capitalista moderna, estes movimentos não foram capazes de ver dispositivos modernos uniformizadores e excludentes, mantendo-os intactos. Pensando desta forma, a ruptura não era tão grande assim, e talvez este ponto tenha sido um de seus grandes problemas: a violenta ruptura revolucionária manteve funcionando os dispositivos e mecanismos modernos mencionados.

A revolução deve ser para a superação da modernidade (sua essência excludente uniformizadora e binária opressora) e não apenas contra um sistema de produção essencialmente excludente pois binário opressor e uniformizador: o capitalismo. Acrescenta-se neste ponto uma reflexão importante a partir de Agamben e o seu conceito de profanação: talvez a revolução não precise e não deva ser contra a modernidade, mas a revolução radical ocorrerá com a “profanação” da modernidade, com a negligência diária aos seus mecanismo excludentes e uniformizadores: a isto se chama de infiltrações. Estas infiltrações diárias aumentam constantemente até um ponto de possível ruptura da “barragem” moderna ou sua superação por meio de transformações estruturais. Um trabalho a ser feito, pode ser o de identificar as pequenas diárias “profanações”.

Butler começa a falar em diversidade, para além da diferença.

3.2.2 Direito à diversidade

Quando se fala em direito à diferença, deve-se perguntar: diferente de quê?

Se o direito à diferença enquanto direito individual é uma infiltração na modernidade, o direito à diferença como direito coletivo traz um potencial ainda maior de comprometimento da uniformização moderna. O Estado Moderno sempre reagiu com enorme violência a toda tentativa de se estabelecer um sistema alternativo de organização social que

não funcionasse sobre as bases modernas uniformizadas, hierarquizadas e binárias subalternas.

No Brasil, apenas no século XXI encontram-se alguns processos mais efetivos de “reconhecimento” de direito dos povos quilombolas e sua forma distinta de organização de direito à propriedade. Entretanto, se de um lado se ampliam os reconhecimentos e aumenta a população quilombola, de outra aumentam os ataques no sentido de descaracterizar sua cultura e forma de viver e se organizar.

Mas, tudo isto ainda é muito moderno: ao se admitir um direito à diferença como direito individual ou coletivo, admite-se que o Estado (Moderno) ainda pode e deve estabelecer padrões superiores de organização social e comportamento individual.

Quando se fala em direito à diferença, deve-se perguntar: diferente de quê? Responde-se: do padrão civilizatório, do padrão do bom, do melhor, estabelecido pelo estado e seu direito: “reconheço o outro diferente, na sua diferença, mas deixo claro sua diferença enquanto algo estranho, que foge aos padrões de civilização moderna masculina, branca e europeia.”.

As Constituições da Bolívia e Equador vêm construir um outro direito: o direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo.

Como já mencionado neste texto, vários são os pontos de ruptura com a modernidade que podem ser percebidos e precisam ser discutidos. Estes pontos de ruptura podem significar uma reconstrução da Teoria da Constituição, da Teoria do Estado e mesmo da Teoria do Direito modernas. Em vários outros textos o autor deste texto já trabalhou alguns destes aspectos, como a superação da democracia majoritária e a reconstrução da relação entre Constituição e Democracia; a superação da fórmula “Roma Locuta, Causa Finita” que marca o funcionamento do Poder Judiciário moderno e da mesma democracia representativa majoritária; a superação de um sistema monojurídico com um único Direito de Família e de propriedade, por um sistema plurijurídico; uma nova concepção de pessoa singular plural e processual e uma nova concepção de natureza que inclui toda a vida, incluindo da pessoa.

O núcleo destas transformações está na construção de um espaço de diversidade, na proteção constitucional ao direito à diversidade como direito individual e coletivo.

O direito à diversidade não se confunde com o direito à diferença, que se mencionou anteriormente. No direito à diferença (individual ou coletivo), o Estado e o sistema jurídico moderno

continuam atuando no sentido de reconhecer, de incorporar aos seus padrões, ainda estabelecendo uma referência de melhor. O processo pode ser expresso na seguinte equação: o ordenamento reconhece o outro diferente (estranho, esquisito, fora dos padrões), enquadra na lei, protege sua manifestação como algo fora do padrão, e permite a existência e manifestação. Um reconhecimento de existência (como se para existir fosse preciso o olhar deste grande pai: o Estado e seu Direito) e uma permissão de “jouissance”. As lutas de diversos grupos “minoritários” por direitos é uma luta por reconhecimento e permissão ou por conquista de direito? É uma luta pela incorporação no sistema ou pela construção de um outro sistema?

O direito à diversidade segue outra lógica. Em primeiro, lugar não há permissões nem reconhecimentos. Não há inclusão porque não pode haver exclusão. A lógica pode ser resumida nas seguintes frases: “existo e me apresento na minha existência”. “Não dependo do seu olhar ou de seu registro para que eu exista”. Reconhecimento significa conhecer de novo, significa enquadrar no já conhecido. Trata-se de uma forma de enquadrar o novo nos padrões existentes ou de simplesmente não conhecer o novo, ou ainda não possibilitar a existência do novo, como tal, de forma autônoma. Reconhecer significa ainda manter a lógica binária incluído/excluído. Se sua existência depende do reconhecimento, ao reconhecê-lo afirmo a possibilidade, também, de não reconhecê-lo.

Na lógica da diversidade não há mais reconhecimento pois não há mais um padrão do melhor: diferente de quê? Não há mais este “que” ou “quem” que se estabelece como referência do bom. O “outro” não é mais o inferior, a ameaça, o medo; o “outro” se transforma na possibilidade do novo. O “outro” é aquele que tem o que “eu não tenho”. E “eu tenho” o que “ele” não tem. Assim os “outros” representam uma possibilidade imensa de crescimento e aprendizado para todos os “outros” e “para mim”.

Portanto, um espaço de diversidade é um espaço de existência livre comum. O espaço de diversidade é o espaço de diálogo permanente em busca de consensos sempre provisórios. O espaço de diversidade requer uma postura de abertura para com o “outro”, os “outros”. Ouve-se o “outro” não para derrotar seu argumento, não para vencê-lo, o que impossibilita o diálogo: ouve o “outro” para aprender com ele assim como o outro “me ouve para aprender comigo”. A resultante do diálogo obrigatório nos espaços de diversidade não será uma

fusão de argumentos, nem uma soma de argumentos, muito menos a vitória de um argumento, mas, sim, um novo argumento, construído pela postura de abertura, em que todos devem abrir mão de alguma coisa para que todos possam ganhar alguma coisa, e tudo pode ser permanentemente discutido e rediscutido.

O direito à diversidade (individual e coletivo) parte do pressuposto da complementaridade. No lugar de hegemonias, linearidades históricas, superioridades culturais, missões civilizatórias ou proselitismos. A diversidade é convivência que tem por base a lógica de complementaridade: os que os “outros têm eu não tenho, os que os outros não têm, eu tenho, somos assim complementares.”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez compreendidos os fundamentos do constitucionalismo moderno, fica mais fácil compreender a alternativa plurinacional de democracia, constituição e direitos fundamentais.

Começa-se pela democracia. Ao contrário da “democracia” moderna essencialmente representativa, a democracia do Estado Plurinacional vai além dos mecanismos representativos majoritários. Não quer dizer que estes mecanismos não existam, mas, sim, que devem ceder espaço crescente para os mecanismos institucionalizados de construção de consensos em espaços não hegemônicos.

A proposta de uma democracia consensual deve ser compreendida com cuidado no paradigma do Estado Plurinacional. Primeiramente, é necessário compreender que esta democracia deve ser percebida a partir de uma mudança de postura para o diálogo. Não há consensos prévios, especialmente consensos linguísticos, construídos na modernidade de forma hegemônica e autoritária. O Estado Moderno homogeneizou a linguagem, os valores, o Direito, por meio de imposição do vitorioso militarmente. A linguagem é, neste Estado Moderno, um instrumento de dominação. Poucos se apoderam da língua, da gramática e dos sentidos que são utilizados como instrumentos de subordinação e exclusão. O idioma pertence a todos e não a um grupo no poder. A linguagem, é claro, contém todas as formas de violência geradas pelas estruturas sociais e econômicas. Logo, o diálogo a ser construído entre culturas e pessoas deve ser despido de consensos prévios, construídos por esses meios hegemônicos.

Tudo deve ser discutido levando-se em consideração a necessidade de descolonização dos espaços, linguagens, símbolos e relações sociais, pessoais e econômicas. O diálogo precisa ser construído a partir de posições não hegemônicas. E isto não é só um discurso, mas uma postura.

A partir desta descolonização da linguagem, das instituições e das relações, o diálogo se estabelece com a finalidade de construção de uma nova verdade provisória, um novo argumento. Ninguém deve pretender vencer o outro.

Os consensos construídos são, portanto, sempre provisórios, não hegemônicos, e não majoritários. A necessidade de decisão não pode superar a necessidade da democracia. Daí, posturas novas precisam ser inauguradas. A postura não hegemônica deve ser seguida por uma postura de construção comum de novos argumentos. Não se trata, portanto, nem da vitória do melhor argumento, nem de uma simples fusão de argumentos, mas de novos argumentos que se constroem no debate.

Não é possível compreender uma democracia consensual com os instrumentos, pressupostos e posturas de uma sociedade de competição permanente. A democracia é impossível no capitalismo. Nenhum consenso se pretende permanente, não só pela dinamicidade da vida como pela necessidade de decidir sem que haja um vencedor, ou seja, sem que seja necessária a construção de maiorias.

Compreendidos os mecanismos de construção destes consensos democráticos, não majoritários, não hegemônicos, não hierarquizados, plurais nas perspectivas de compreensão de mundo, pode-se compreender um novo constitucionalismo e uma nova perspectiva para os direitos fundamentais.

Como a democracia implica em mudança, transformação, mas estas mudanças não são construídas por maiorias, mas, sempre, por todos, a Constituição não necessita mais ter um papel de reação a mudanças não autorizadas. Não há a necessidade de mecanismos contramajoritários, uma vez que não há mais a vitória da maioria como fator de decisão.

Assim, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como consensos construídos e reconstruídos permanentemente. O Estado e a Constituição, no lugar de reagir às mudanças não previstas ou não permitidas, passam a atuar, sempre, favoravelmente às mudanças desde que estas sejam construídas por consensos dialógicos, democráticos, logo não hegemônicos, plurais, diversos, não hierarquizados e não permanentes.

Trata-se de uma nova compreensão capaz de romper com o paradigma moderno de Estado, Constituição e “democracia”. Um conceito fundamental para se desenvolver e se aprofundar a discussão é o de pluralismo epistemológico.

Existe um grande risco na análise das Constituições da Bolívia e do Equador: percebê-las sob o enfoque da Teoria da Constituição moderna europeia. Acredita-se que utilizar as lentes da Teoria da Constituição europeia moderna inviabiliza enxergar e, logo, compreender, o potencial revolucionário de ruptura radical com a modernidade presentes nestas Constituições. Serão apenas mais duas Constituições interessantes e diferentes dentro de um paradigma que não mudou na sua essência. Não é este o potencial destas duas Constituições. Elas exigem a construção de uma outra Teoria da Constituição e do Estado. Elas exigem uma Teoria não moderna, não hegemônica, e, logo, não europeia.

Como já mencionado, vários eixos devem ser percebidos, estudados e aprofundados para se perceber o potencial de ruptura radical que representam as experiências em curso nestes dois países. Estes eixos precisam ser desenvolvidos, mas nos limites deste trabalho serão apenas mencionados.

As rupturas possíveis que serão elencadas a seguir só poderão ser vistas sem as lentes uniformizadoras do Direito moderno. Elas ocorrem na realidade social e cultural dos povos que constituem a Bolívia e o Equador. Povo que, durante muito tempo, viveu em ordenamentos jurídicos europeus modernos, que excluíram, ocultaram e tentaram uniformizar estas sociedades diversas. Veja-se:

- 1 – no lugar da uniformização hegemônica, a partir de um padrão europeu, o reconhecimento da diversidade enquanto Direito individual e coletivo pelo ordenamento jurídico;
- 2 – decorrente da ideia anterior, a afirmação do Direito à Diversidade enquanto Direito individual e coletivo sobre a ideia de Direito à Diferença (individual ou coletivo) que implica na superação de qualquer padrão hegemônico estabelecido pelo Estado e ainda presente na ideia de Direito à Diferença (diferente de quê?);
- 3 – superação da exclusividade da lógica binária, fundada principalmente no dispositivo moderno “*nós versus eles*” (e da qual decorrem outros dispositivos como inclusão *versus* exclusão; capital *versus* trabalho e culturalismo *versus* universalismo);

4 – criação de espaços de diálogo, não hegemônico, intercultural (para além do multiculturalismo) que permita a construção de um espaço comum, de um direito comum, em uma perspectiva transcultural;

5 – substituição de um sistema moderno monojurídico (hegemônico) por um sistema plurijurídico que permita a pluralidade de direitos de família, de propriedade e de jurisdições;

6 – igualdade entre jurisdição originária e “ordinária”;

7 – nova concepção de natureza como conceito integral superando a ideia de “recursos naturais”, um dos mitos modernos que separa o “homem da natureza”, e transforma a natureza em algo selvagem a ser domado e explorado pela civilização. Isto implica na superação da ideia de “desenvolvimento sustentado”, conceito que passou a condicionar a natureza e o meio ambiente às necessidades de desenvolvimento econômico moderno (capitalismo) que implica em mais consumo e mais produção como meta permanente. A prioridade é a natureza e o sistema econômico deve se adaptar ao respeito à vida enquanto totalidade sistêmica, e não o contrário;

8 – nova concepção de pessoa superando a ideia do “indivíduo” liberal que nasce e morre com uma personalidade distinta e separada da comunidade e da natureza. Construção de um conceito de pessoa plural, dinâmica, processual, que não se limita, e não pode se limitar a um nome coletivo, a um rótulo, a um fato, ou a um nome de família;

9 – democracia consensual como prioridade;

10 – Judiciário consensual (Justiça de mediação) como prioridade;

11 – pluralismo epistemológico como fundamento do conhecimento, da democracia e da Justiça plural;

12 – superação da dicotomia “culturalismo versus universalismo”, o que implica na superação do falso conceito de universalismo [o universalismo europeu (WALLERSTEIN, 2007)].

Por fim, vale lembrar que o desenvolvimento de alguns destes eixos pode ser encontrado no livro “Estado Plurinacional e Direito Internacional” (MAGALHÃES, 2012) e promove uma análise inicial de cinco destes doze eixos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALVES, Rubem. *O velho que acordou menino*. São Paulo: Planeta, 2005.

BADIOU, Alain. *São Paulo: a fundação do universalismo*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2009.

BENJAMIM, Walter. *A origem do drama trágico alemão*. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

BENJAMIM, Walter. *O anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

BENJAMIM, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BREVILLE, Benoît. Homossexuais e subversivos. In: BREVILLE, Benoît; VIDAL, Dominique (Comp.). *Revoluciones que cambiaran la historia: sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012.

BUTLER, Judith. *El genero en disputa: el feminismo y la subversion de la indentidad*. 4. impression. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2011.

GORN, Elliot J. Mother Jones, la madre del sindicalismo norteamericano. In: BREVILLE, Benoît; VIDAL, Dominique (Comp.). *Revoluciones que cambiaran la historia: sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012.

DUSSEL, Enrique. *1492: el encobrimiento del outro: hacia el origen del mito de la modernidade*. La Paz (Bolívia): Plural, 1994.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “sobre o conceito de história”*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

MIGNOLO, Walter. *A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte*

conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005. (Colección Sur Sur)

SEMELIN, Jacques. *Purificar e destruir*. Tradução de Jorge Bastos. São Paulo: Difel, 2009.

VISENTINI, Paulo Fagundes. *As revoluções africanas: Angola, Moçambique e Etiópia*. São

Paulo: Ed. Unesp, 2012.

WALERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

ZIZEK, Slavoj. *Plaidoyer en faveur de l'intolérance*. Castellanau-le-Lez: Climats, 2004.

ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

JUS POSTULANDI: efetivo acesso à justiça na órbita justralhista?

Rafael Soares Duarte de Moura¹
Camila Almeida Peixoto Batista de Oliveira²

RESUMO

Analisa o presente artigo o louvável papel do *jus postulandi* na contemporaneidade: acolher no Judiciário Trabalhista os financeiramente débeis, incapazes de arcar com o inexorável custo advocatício. Logicamente, sua insuficiência em promover-lhes o pleno acesso à Justiça não será olvidada. De fato, desníveis técnicos, informacionais e educacionais continuam a obstar aos litigantes obreiros a paritária eficiência em suas legítimas reivindicações. Entretanto, denegar-lhes a postulação pessoal em juízo não lhes compensa as disparidades. Em um autêntico Estado Democrático de Direito, a solução há de vir pela socialização do conhecimento jurídico (capacitando-os ao exercício de sua própria cidadania), bem como pela proatividade judicial na incessante procura pela verdade real. Afinal, a compulsoriedade da contratação advocatícia (tratando juridicamente como iguais sujeitos em franca desigualdade) não condiz com um ramo jurisdicional que se pretende tuitivo e promotor da justiça social, haja vista representar sua cabal denegação aos incapazes de custeá-la. Nesse sentido, vislumbrar-se-á o *jus postulandi* como uma das várias medidas a serem empreendidas em prol de sua efetiva acessibilidade, imprescindível à sociedade plural do país, garantindo igualmente a seus díspares integrantes o fundamental direito de ação.

Palavras-chave: *jus postulandi*. Justiça do Trabalho. Acesso à Justiça. Hipossuficiências. Igualdade Substancial. Linguagem Jurídica. Proatividade Judicial.

JUS POSTULANDI: effective access to justice in labor orbit?**ABSTRACT**

This article examines the laudable role of Labour justice and the *jus postulandi*: it makes possible to welcome those who are financially weak, unable to bear the cost relentless advocacy. Logically, its failure to promote them full access to justice will not be forgotten. In fact, uneven technical, informational and educational level continues to hold litigants to achieve equal efficiency in their legitimate claims. However, denying them the *jus postulandi* does not help to even their disparities. In a true democratic state, the solution is the socialization of legal knowledge (enabling them to exercise their own citizenship) and the pro-judicial activity in the ceaseless search for the real truth. After all, the compulsory hiring of attorney (treating as equal legal subjects in open inequality) is not consistent with a judicial branch that is intended to protect and to promote social justice. In this sense, *jus postulandi* can be considered as one of several measures to be undertaken in pursuit of its effective accessibility, essential to the country's pluralistic society, while also ensuring its disparate members of the fundamental right of action.

Keywords: *jus postulandi*; Labor Law; access to justice; substantive equality, legal language, pro-judicial activity.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito Constitucional pela UnB. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Professor de Direito Constitucional.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho, 3.^a Região.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Revolução Industrial, consolidou-se definitivamente a abissal segregação humana nos pólos capital e trabalho. A disparidade de suas forças, tônica das hegemônicas relações de emprego que emergiram, propiciou riqueza para alguns às custas do sangue, suor e lágrimas da maioria. Frente à pobreza, à miséria e à revolta perversamente acirradas por tal lógica, a intervenção estatal em seu bojo tornou-se imperiosa, emergindo as primeiras normas processuais³ e materiais voltadas a coordenar liberdade de iniciativa e valorização social do labor. Sua proliferação e sistematização deram corpo ao Direito do Trabalho, enaltecido por Souto Maior (2002, p. 1.308) como nevrálgico instrumento de justiça social da pós-modernidade, arrefecendo, por meio de seus tuitivos ditames, as disparidades do mundo em que surgira.

Definitivamente incorporada ao Poder Judiciário em 1946⁴, a evolução dos trâmites e estruturas ao longo dos anos fortaleceu e consolidou a excelência da atual Justiça Trabalhista, pautada pela capilaridade de sua Primeira Instância, haja vista lidar com recorrentes conflitos da contemporaneidade. Por seus ínsitos princípios – tais como a gratuidade⁵, oralidade, concentração e conciliação – mostra-se plenamente apta à célere e efetiva resolução de suas lides. Assim inspirado, adveio o *jus postulandi*, acolhendo na jurisdição também os financeiramente débeis, incapazes de arcar com o inexorável custo advocatício.

Notável, pois, é a sua busca pela supressão da vulnerabilidade econômico-social do obreiro com uma tutela processual encorpada. Afinal, tratar juridicamente como iguais sujeitos em franca desigualdade “[...] não é outra coisa senão uma ulterior forma de injustiça, reproduzindo a exclusão que a parte hipossuficiente vivencia na relação de direito material diuturnamente.” (SENA, 2010, p. 148).

Entretanto, apesar dos esforços em atenuar as discrepâncias mais latentes na órbita social, adverte Viana (2000) que elas continuam “quase sempre presentes na rotina da Justiça”. De fato, os rituais refletem as contingências mundanas.

“Por mais que o juiz [...] pareça simpático à causa do trabalhador, quem se identifica com ele é o empregador: ambos falam a mesma língua, vestem-se de forma semelhante, têm a chave para decodificar os símbolos.” (VIANA, 2000, p. 271).

Daí a indagação: frente à linguagem genuinamente jurídica, configura o *jus postulandi* efetivo promotor do acesso à justiça?

Cuida o presente artigo de sua abordagem, contrapondo os escopos teóricos e as limitações práticas do instituto em tela, refletindo-se acerca de seu verdadeiro papel e relevo no cenário pós-moderno juslaboral.

2 O *JUS POSTULANDI* E SEU COTEJO SISTÊMICO

No bojo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, surgiu o *jus postulandi* para a remoção dos entraves à tutela jurisdicional sofridos pelo hipossuficiente das relações de labor, pautando-se por sua acessibilidade, simplicidade e agilidade. Visando, inclusive, a possível conciliação entre os sujeitos da lide, permitiu seu artigo 791 da CLT a reclamação pessoal e direta de empregados, e também de empregadores, na seara judiciária trabalhista. De fato, assim acha-se grafado:

Art. 791. Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final.

§ 1.º Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2.º Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.

Isso, pois, nas lições de Paolo Barile (*Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984, *apud* MORAES, 2004, p. 52), a garantia constitucional de proteção ao trabalho há de englobar não somente os que o prestam, mas também os que o tomam, enquanto empreendedores do crescimento e desenvolvimento do país. Afinal, não se pode

³ Ressalte-se que o ramo processual laboral “teria nascido antes de existir um Direito Material do Trabalho.” (GIGLIO, 2003, p. 2).

⁴ Os primeiros órgãos especializados em conflituosidade trabalhista foram criados em 1932 com viés administrativo (integrando o Poder Executivo), sendo definitivamente incorporados ao Poder Judiciário em 1946 (GIGLIO, 2003, p. 3-4, *passim*).

⁵ Prevista pela Lei n. 1.060/50, permitindo a mobilização jurisdicional sem que o empregado necessitado arque com o pagamento de qualquer taxa ou despesa judiciária.

olvidar que, em certas circunstâncias, as contingências financeiras vivenciadas pelos empregadores pouco se diferem das vicissitudes de seus obreiros.

Ofertou-lhes a CLT a capacidade de postular em Juízo (capacidade postulatória), emancipando-os à prática de atos processuais, facultando-lhes a escolha por assistência advocatícia.

Entretanto, o advento de novas codificações pôs em xeque o seu vigor. Em 1963, o vislumbre do advogado, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 68 da Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963), como indispensável à administração da justiça suscitou a questão: teria revogado a possibilidade celetista de postulação pessoal em juízo? Em 1973, o Código de Processo Civil pátrio tratou de positivar o monopólio da capacidade postulatória pelo advogado⁶, mas não de forma absoluta, excetuando circunstâncias aptas a ensejar a atuação pessoal da parte. Traz assim descrito o Código de Processo Civil (CPC):

Art. 36. A parte será representada em Juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver

A despeito dos insistentes bombardeios, o *jus postulandi* na órbita obreira foi claramente reconhecido pela Constituição Federal de 1988: apesar de reafirmar a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, ressaltou a existência de limites legais à sua atuação⁷, embasando a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho favorável ao instituto em tela.⁸ Tal também foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁹ ante ao novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil de 1994 (art. 1.º, inc. I, da Lei 8.906/94), para o qual “a postulação a qualquer

órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais” é privativa da advocacia.

Insta admitir que a garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário¹⁰ quanto aos conflitos travados em sociedade não poderia implicar a presença obrigatória do advogado em todos os processos, sob pena de mitigar os fundamentais direitos de ação e ampla defesa¹¹ de seus pólos. Segundo Silva (2009, p. 171):

A exclusividade da representação por advogado só pode significar que cabe a ele, enquanto categoria, e não a nenhuma outra profissão, representar a parte em juízo. Mas não quer dizer, de forma nenhuma, que a representação individual abrange toda e qualquer ação. [...] Excluir a parte do direito de ação e defesa de seus próprios direitos é reduzi-la a um estado de tutela, por incapacidade presumida, gerando um paradoxo insustentável: em nome do direito de defesa, impede-se a parte exatamente de defender-se. Os casos complexos atrairão naturalmente a atuação do advogado. Também os simples, mas desde que por vontade da parte.

Frente à máxima pós-moderna da busca pelo livre e simplificado acesso à justiça, a pluralização de seus meios e a celerização de sua dinâmica são impostergáveis, sobretudo no que toca à tutela de créditos alimentares¹² nevrálgicos à dignidade obreira. Afinal, obrigá-lo ao custeio advocatício nada mais é que ameaçar e comprometer a verba fundamental à sua própria existência.

“Acessar o Judiciário e ter a solução em tempo razoável são dois princípios que se integram para a realização do ideal de Justiça.” (SILVA, 2009, p. 158). Sem dúvida, a simplificação dos procedimentos e a descomplicação do processo são os nortes a serem seguidos em prol de sua efetividade (capacidade de realizar os direitos materiais que aborda), tempestividade (capacidade

⁶ Instituinto a representação da parte por advogado como um pressuposto processual positivo de validade, imprescindível à existência e ao válido desenvolvimento do processo (LEITE, 2010, p. 313).

⁷ Art. 133 da CR/88: “O advogado é indispensável à administração da Justiça [...] nos limites da lei.” (grifos nossos).

⁸ As súmulas 219 e 329 do TST, embora versem apenas sobre honorários advocatícios, deixam implícita a possibilidade do *jus postulandi*.

⁹ Decisão do STF nos autos da ADI n. 1.127-8, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), no sentido de que a postulação por advogado não é compulsória nos Juizados Especiais, na Justiça do Trabalho e na chamada Justiça de Paz.

¹⁰ Art. 5.º, inc. XXXV da CR/88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹¹ Art. 5.º, inc. LV da CR/88: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

¹² Art. 100, § 1.º da CR/88: “Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos [...]”.

de permitir a fruição do direito em litígio em tempo razoável) e adequação à concretização dos direitos materiais em litígio.¹³ Neste talante, padece o *jus postulandi* de qualquer incoerência apta a negar-lhe como legítima entrada da jurisdição, consubstanciando, certamente, um instrumento para a sua democratização.

3 A CAÇA ÀS DISCRIMINAÇÕES AOS HIPOSSUFICIENTES

Instaurado o primado axiológico da pessoa humana mediante a constitucionalização de seus direitos fundamentais, solidificou-se o caráter instrumental do Direito e do Estado a finalidades que lhes são externas. Se a tutela da vida, liberdade, propriedade privada¹⁴ e da mera igualdade formal satisfaz ao ideário liberal, o paradigma estatal de bem-estar social não se conteve, exigindo a expansão da categoria fundamental de direitos¹⁵ e a igualdade substancial entre os homens.

Para Ferrajolli, um efetivo e garantista Estado de Direito somente se perfaz por tal mescla, curvando-se:

à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária (FERRAJOLLI, 2010, p. 790).

A atual ambivalência do princípio da igualdade jurídica é patente, cuidando não apenas de incluir as diferenças pessoais [preconizando o igual valor a todas as “identidades que fazem de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras” (FERRAJOLLI, 2010, p. 834)], mas

também de excluir as diferenças sociais [visando a remoção ou compensação de intoleráveis disparidades que impedem o pleno exercício da liberdade e das capacidades humanas, pugnando por mínimos patamares de dignidade (FERRAJOLLI, 2010, p. 834-835)]. Em ambos os casos, constituem os direitos fundamentais as técnicas pelas quais a igualdade é assegurada ou perseguida (FERRAJOLLI, 2010, p. 835).

Sem dúvida, a simbiose de suas acepções é indissolúvel e indispensável no bojo de um Estado que se pretende democrático e de Direito. A consagração jurídica da mera igualdade formal, muitas vezes, mascara, legítima e acirra a desigualdade fática vivenciada nas mais diversas e específicas dinâmicas sociais. No que atine aos sujeitos das relações trabalhistas, o tratamento processual equânime, indiferente às distintas e peculiares condições de vida, nada mais faz do que refletir tais disparidades com efeitos claramente discriminatórios aos economicamente débeis (MALLET, 2000, p. 160-161), prejudicando tanto sua atuação quanto a adequação dos possíveis veredictos judiciais. Afinal, segundo Viana, “uma parte do processo vem das ruas, contaminando, por todos os lados e por todos os modos, o corpo cheio de poros da Justiça.” (VIANA, 2000, p. 274). As relações de poder e domínio “não se esgotam no pequeno mundo da fábrica” (VIANA, 2000, p. 274), acompanhando o trabalhador em todas as searas de sua existência.

Daí a essencialidade da concessão de prerrogativas jurídicas desiguais a sujeitos desiguais na medida de suas desigualdades, voltadas à equalização de poderes nas relações travadas em sociedade: assim o faz o Direito do Trabalho, bem como o seu correlato processo, sempre com vistas ao equilíbrio o mais real e efetivo possível entre os homens – “exigência tradicional do próprio conceito de Justiça”.¹⁶

O Direito Processual não é e nem pode ser indiferente às forças sociais e à natureza material

¹³ Adequação no que toca à ínsita natureza dos direitos materiais abordados, bem como às peculiaridades socioeconômicas de seus titulares.

¹⁴ Os limites representados por tais direitos impuseram ao Estado, neste primeiro momento, deveres negativos de não fazer (vedações), sempre visando à tutela de condições pré-políticas de existência, ou seja, de “direitos de” ou facultades de comportamentos próprios (vislumbrados como naturais pela doutrina iluminista *jusnatural*) (FERRAJOLLI, 2010, p. 792).

¹⁵ Que passou a abarcar os direitos fundamentais de segunda geração, tais como alimentação, saúde, habitação e trabalho. Consubstanciam “direitos a” ou expectativas de comportamentos alheios, implicando aos poderes estatais obrigações ou deveres de fazer (FERRAJOLLI, 2010, p. 794).

¹⁶ Segundo Moraes (2004, p. 66-67), “o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça.” quando razoavelmente proporcional à finalidade visada.

do conflito intersubjetivo ao qual se dirige. Felizmente, segundo Mallet (2000, p. 158), a neutralidade é rechaçada por sua própria evolução, pautada através do tempo pela “crescente divisão dos procedimentos e diferenciações de posições e situações entre os sujeitos do ordenamento.” (FERRAJOLLI, 2010, p. 838). Atestam as lições de Dantas:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade (DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 116, 1948, p. 357-367, *apud* MORAES, 2004, p. 67-68).

A influência do fator econômico no manejo processual é patente: se aos abastados não há óbices nem custos a impedir o exercício do direito de ação, aos hipossuficientes elevam-se barreiras de difícil ou impossível superação. A delonga processual (ao propiciar a corrosão de seus créditos pela inflação) pode lhes ser nefasta, pressionando-os ao abandono de suas causas ou ao recebimento de valores muito aquém de seus legítimos direitos. Sendo assim, em todas as suas disposições, a instrumentalidade do processo laboral à concretização do direito material pleiteado nunca pode ser olvidada, sob pena de tornar-se um óbice à sua plena satisfação.

A titularidade de direitos subjetivos é mera falácia ante a inacessibilidade aos órgãos que lhe efetivem. Na esteira da tutela diferenciada empreendida por diversos comandos celetistas (tais

como os artigos 9.º, 444 e 468 da CLT), assegura o *jus postulandi* acesso judicial compensatório em prol de uma igualdade concreta entre as partes. Afinal, a compulsoriedade da contratação advocatícia não condiz com um ramo jurisdicional que se pretende tuitivo e promotor da justiça social, haja vista representar sua própria denegação aos incapazes de custeá-la.

4 A LINGUAGEM JURÍDICA E SEUS SIGNOS

A porta está aberta... Prescindindo de excessivas formalidades, edificou-se o ramo judicial trabalhista sob os pilares da oralidade e concentração de atos estritamente essenciais, voltados à célere concretização de direitos imprescindíveis ao sustento pessoal e familiar de seus sujeitos. A extensão de suas malhas aos financeiramente débeis exigiu-lhe a gratuidade e o *jus postulandi*. Com o livre e breve relato ao setor de atermção do Judiciário Laboral, o acesso a seu bojo está garantido. Mas, também estariam a adequação e a Justiça de suas decisões?

A despeito de todos os esforços em mitigar as disparidades, elas insistem em permanecer no processo, encarado por Viana (2000, p. 274) como “algo muito mais intrincado e complexo do que um simples conjunto de regras formais”. Também o integram “o modo de falar, o jeito de ouvir, a forma de olhar; são as vestes talares, o estrado alto, o linguajar rebuscado, o argumento mais hábil.”. Afinal, “o que está no mundo está sempre nos autos” (VIANA, 2000, p. 274), refletindo em suas páginas a dinâmica social em que se inserem.

Daí as indagações: o processo é complexo? A eficiência é possível na defesa e atuação do litigante hipossuficiente desprovido de advogado? Constitui o linguajar técnico-jurídico óbice transponível ao acesso e entendimento jurisdicionais?

De fato, insta admitir a pertinência e logicidade das questões aventadas. Na esteira das lições de Garth e Cappelletti, os obstáculos ao acesso à justiça, sendo inter-relacionados, “não podem simplesmente ser eliminados um por um [...], e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro.” (GARTH; CAPPELLETTI, 1988, p. 29): neutralizada a barreira dos custos, descortinam-se ou até mesmo se acirram as disparidades informacionais, educacionais e psicológicas entre os pólos do conflito.

Porém, ante a tais implicações, a supressão do *jus postulandi* não representa a melhor solução, mas sim a adoção de outras medidas hábeis a mitigar os demais entraves à plena e paritária capacidade de reivindicação jurídica.

Neste sentido, descartável é o tecnicismo das ínsitas formalidades processuais. É inadmissível que sua complexidade, ainda presente, exclua a participação direta e ativa do jurisdicionado. Segundo Silva (2009, p. 159-160, *passim*), o monopólio da dinâmica jurisdicional pelo tripé constituído pelo advogado (representante da parte em juízo), pelo promotor (defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos indisponíveis) e pelo juiz (prolador da decisão) mitiga o exercício da própria cidadania, impedindo a intervenção do indivíduo a ser afetado pela decisão. Sendo o cidadão o verdadeiro “titular dos fatos sociais [...], por mais complexa que seja a versão jurídica destes fenômenos, ela não pode se tornar ininteligível.” (SILVA, 2009, p. 166) ao seu agente, alienando-o socialmente.

A ideia a ser difundida é a da socialização do saber jurídico e não a de sua intangibilidade, que o transforma em engrenagem a serviço das elites. Adverte Silva que “ninguém jamais pensou em transformar o cidadão [...] em médico biólogo para tomar um remédio e saber-lhe os efeitos”. Sob tal perspectiva, “a linguagem normativa, embora de segundo grau em relação à linguagem comum [...]”, deve manter, “pelo menos, um limite de compreensão mínima, passível de ser captada” por todos (SILVA, 2009, p. 166-167). Elucida, ainda, lastrear-se o Direito na generalização do comportamento por meio da difusão de sua mensagem linguística, o que só se perfaz com a interpretação e aceitação espontânea por seus próprios destinatários, cuja larga observância jurídica denota sua plena aptidão em discernir o “joio do trigo”: o jurídico do não jurídico. Isso posto, patente é a sua capacidade de também compreender o processamento de seus litígios.

Admite Nalini (2011) que o hermetismo da linguagem, derivado das leis e das tradições, dificulta o acesso à justiça. Mas entende plenamente possível a adoção de outra estrutura,

igualmente correta e marcada pela lógica e elegância vernacular. “Demos as mãos à palmatória: a decisão de justiça não é uma dissertação acadêmica, mas um ato de caráter utilitário, de aplicação concreta.” (NALINI, 2011).

Sábias são as lições de Benjamim, contemplando o acesso à justiça também como acesso ao poder, vislumbrado como a plena consciência dos indivíduos acerca de seus direitos e também como sua habilitação, material e psicológica, ao seu exercício (BENJAMIM, 1995, p. 74-75). Para tanto, as barreiras objetivas e subjetivas não de ser suplantadas.

O maior acesso ao conhecimento jurídico é primordial. Cartilhas, aulas, artigos e a própria imprensa podem disseminar o saber. A emancipação do jurisdicionado também clama por serviços de atendimento e atermção empreendidos por servidores capacitados [hábeis em elucidar os melindres das controvérsias e aptos a “intermediar, com imediatidade e sem protocolos ou formalidades, o acesso do cidadão a seu juiz natural.” (SILVA, 2009, p. 175)], pela objetividade da linguagem nas sentenças e pela constante formação dos magistrados como administradores, pacificadores e negociadores, destacando-se em tal busca o fundamental papel das Escolas Judiciais, tais como a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho e Escolas Regionais.

Novas regras atinentes ao ônus da prova devem surgir, compensando a recorrente incapacidade obreira em produzi-las. O largo rol de recursos, diariamente manejado por intuits protelatórios, há de ser abreviado. Porém, válida é a sugestão de Silva de privilegiar o trabalhador sucumbente, desprovido de técnica jurídica, com o duplo grau de jurisdição obrigatório¹⁷.

Semelhante é a sua postura no que concerne ao Recurso de Revista (em cujo âmbito foi vetado o exercício do *jus postulandi* pelo TST¹⁸). Em sua óptica, inspirada na lei processual do trabalho alemã, preferível seria imputar legalmente ao Desembargador responsável pelo caso a sua interposição, quando cabível.¹⁹ Afinal, por tratar de matérias exclusivamente jurídicas de interesse

¹⁷ Nos moldes em que foi conferido aos entes públicos pelo art. 1.º, inc. V, do Decreto-Lei n. 779/69 (SILVA, 2009, p. 175).

¹⁸ A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SBDI-1-TST) restringiu-lhe à fase ordinária dos recursos laborais, indo de encontro à literalidade do art. 791 da CLT, que o estendia a todas as instâncias jurisdicionais trabalhistas (ressalte-se que a sua extensão em sede de recurso extraordinário perante o STF nunca foi contemplada).

¹⁹ Isto é, ante à presença de seus requisitos, elencados no art. 896 da CLT.

público, nada mais lógico que atribuir ao Estado a sua própria iniciativa (SILVA, 2009, p. 178).

A maior capilaridade dos órgãos judiciários de primeira instância “em todos os mais significativos rincões do país” também é imprescindível ao bom funcionamento da ordem jurídico-laboral, conforme leciona Delgado (2010, p. 649).²⁰ Ressalte-se que o próprio Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 3.^a Região deslocou uma de suas Turmas para a cidade de Juiz de Fora, promovendo nas redondezas acessibilidade ao grau recursal.²¹ A pulverização de suas Varas pelos bairros das grandes cidades também é apontada por Silva (2009, p. 178) como forma de sua democratização.

Cumprido salientar que, a despeito da tão hasteada complexidade processual, o *jus postulandi*, além de pacífico na impetração de *habeas corpus*²² e na propositura de revisão criminal²³ (esta sim extremamente complexa e rica em requisitos), constitui a tônica dos Juizados Especiais Federais²⁴ e Estaduais²⁵ claramente inspirados pelo simplismo da seara obreira.

É inadmissível que entraves econômicos e educacionais continuem a distanciar do cenário jurídico os protagonistas da realidade que reproduz. Frente ao viés democrático e pluralista da era pós-moderna, a discriminação e a exclusão social exercidas por suas próprias instituições são paradoxais. “É preciso adaptar os tribunais à realidade, abrindo-lhes as portas para o povo” (SILVA, 2009, p. 178). Processo descomplicado e conhecimento socializado são reclames contemporâneos que não podem ser olvidados. Sendo assim, entre o *jus postulandi* e as complexidades sistêmicas, deve-se ficar com o primeiro!

5 PROATIVIDADE JUDICIAL: IMPARCIALIDADE SEM NEUTRALIDADE

Frente à débil difusão da linguagem jurídica – reflexo dos desníveis sociais em seus mais diversos matizes – desponta no âmbito obreiro um peculiar dinamismo judicial, claramente preconizado pela CLT, *verbis*:

Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Reconhece-se, assim, a imperiosidade do crédito trabalhista, haja vista as inexoráveis necessidades vitais do trabalhador.

A instauração das relações intersubjetivas processuais traz consigo o âmago das relações materiais conflituosas que lhe ensejaram: as desigualdades econômicas, sociais e educacionais acompanham seus agentes onde quer que estejam, em franco prejuízo ao hipossuficiente. O simples decurso do tempo já lhe é nefasto, enquanto agilmente manejado por litigantes “habituais” dotados de estratégicos conhecimentos.²⁶ Neste cenário, segundo Sena, “o papel tradicionalmente reservado ao juiz de um espectador inerte, passivo e incapaz de reagir e agir por uma justiça mais eficiente e mais próxima da verdade real, não lhe cabe mais.” (SENA, 2010, p. 162).

O repúdio à mera igualdade formal não se esgota na postura tuitiva dos ditames positivados. A efetiva superioridade jurídica do obreiro clama ainda por juízes sensíveis “à realidade social que

²⁰ As lições de Delgado coadunam-se perfeitamente com a promoção do acesso à justiça propugnada pelo § 1.º do art. 115 da CR/88.

²¹ Em consonância com a diretriz insculpida no § 2.º do art. 115 da CR/88.

²² Art. 1.º, § 1.º da Lei n. 8.906/94: “Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.”

²³ No que toca à revisão criminal (espécie de ação rescisória na área criminal, prevista pelo art. 621 Código de Processo Penal), o *jus postulandi* é facultativo.

²⁴ Art. 10 da Lei n. 10. 259/91: “As partes poderão designar [...] representantes para a causa, advogado ou não.” (grifos nossos).

²⁵ Art. 9.º da Lei n. 9.099/95: “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado [...]”(grifos nossos).

²⁶ Acumulam estratégicos conhecimentos “acerca das correntes doutrinárias que o compõem, tecendo suas teses persuasivamente de acordo com o perfil conhecido de cada magistrado.” (SENA, 2010, p. 163).

dos autos defluiu.” (SENA, 2010, p. 170). Tal perfil é exigido pela própria oralidade de um processo que vislumbra a equidade como legítimo parâmetro decisório (art. 8.º e § 1.º do art. 852-I da CLT). O contato judicial com as partes, e não com a mera escrituração de seus conflitos, justifica-se para equalizar-lhes as informações, esclarecer-lhes as possíveis soluções e capacitá-las na escolha de seus destinos, sobretudo quando ausente a assistência por advogado.

Logicamente, o contraditório e a ampla defesa não de ser resguardados. Não se está a defender a parcialidade judicial ou o prejulgamento desmotivado em prol de um dos pólos do litígio. Sua intervenção deve mirar tão somente a real paridade de armas, “tanto para o ‘atuar processual’, quanto para a compreensão da controvérsia e do procedimento a ser percorrido.” (SENA, 2010, p. 165).

Tal é o escólio a seguir transcrito:

Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes (GARTH; CAPPELLETTI, 1988, p. 77).

A igualdade de oportunidades aos litigantes é uma máxima que se impõe ao processo, sendo a imparcialidade do juiz um de seus vetores. Mas, isso não o impede de perfazer certas correções em seu curso, resguardando a harmonia de forças em seu bojo. Para Paroski, a pós-modernidade exige imparcialidade “quanto ao caso concreto e às pessoas que participam do processo, mas não um juiz ética e axiologicamente neutro, ou seja, indiferente quanto à verdade, à justiça de suas decisões e aos valores e objetivos consagrados pela ordem jurídico-constitucional.” (PAROSKI, 2010,

p. 1.294-1.295).

Para Sena (2010, p. 170), “a postura pró-ativa do Juiz do Trabalho é condição inerente à boa e adequada atuação jurisdicional, quer na prática conciliatória, quer na instrução processual.”. Por toda a audiência, sua autoridade tende a obstar a coerção patronal passível de afetar o obreiro, e, no que toca à perversa coação econômica, o manejo de tutelas antecipadas (inclusive *ex officio*)²⁷ é claramente hábil à sua atenuação (afinal, segundo Marinoni, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente financeiramente é a parte²⁸). Ressalte-se consubstanciar a inspeção judicial um fundamental instrumento na busca pela verdade real, permitindo ao magistrado a percepção direta da realidade, auxiliando-o em seu livre convencimento e na materialização da justiça em suas decisões. Quanto à conciliação, tanto as infringências normativas prejudiciais ao obreiro quanto as prestações excessivamente onerosas ao empregador exigem sua denegação: a consagração da autonomia das partes em seu bojo não impede ao juiz que intervenha na busca por maiores valores e prazos, sempre com vistas à solução mais justa possível.

Cumprido salientar a possibilidade, no âmbito trabalhista, do julgamento *extra* ou *ultra petita* (contemplando os direitos não pugnados pelas partes ou além do que fora pedido) em prol da tutela dos créditos fundamentais obreiros, em plena consonância com sua irrenunciabilidade, priorizando sua máxima efetividade e não a do processo (mero instrumento de sua concretização). Estando os direitos explícitos “em razão de provas obtidas nos autos, por estarem previstos no ordenamento jurídico como direitos indisponíveis ou em virtude dos princípios do Direito do Trabalho” (TEODORO, 2011, p. 158) devem ser reconhecidos pela sentença judicial, a ser legitimada pela devida fundamentação. Consagrada pelas leis estrangeiras²⁹, tal proatividade é viável no Brasil graças às cláusulas abertas do aludido art. 765 e também do § 1.º do

²⁷ Alguns magistrados já a concedem *ex officio* quando necessária à preservação da utilidade do resultado do processo e, sobretudo, à dignidade humana do obreiro. Infelizmente, parte da doutrina e da jurisprudência resiste em conceder a tutela antecipada (prevista pelo art. 273 do CPC) à lide trabalhista frente ao perigo de irreversibilidade da decisão (uma vez que o trabalhador é economicamente hipossuficiente). Entretanto, para a antecipação ou não da tutela em apreço, deve o juiz sopesar no caso concreto o que seria mais maléfico: “o dano de não antecipar efetivamente a tutela, ou o dano de não se poder reverter os efeitos da antecipação concedida.” (SOUTO MAIOR, 2001, p. 161).

²⁸ “O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo.” (MARINONI, 1994, p. 56).

²⁹ Tais como a legislação espanhola (art. 50 do Código de Processo do Trabalho e da Seguridade Social), a portuguesa (art. 74 do Código de Processo do Trabalho) e a venezuelana (art. 6.º da Lei Orgânica de Processo do Trabalho) (TEODORO, 2011, p. 156-157, *passim*).

art. 832 da CLT (que confere ao juiz o poder de estipular o prazo e as condições do cumprimento de sua decisão), desde que atente às barreiras impostas “pela legislação e doutrina comparadas, bem como observe os preceitos e finalidades do ordenamento jurídico trabalhista.” (TEODORO, 2011, p. 157). Para a doutrina,

proibir que o juiz, ao perceber que o direito demandado está aquém do que é assegurado pela legislação ou pelos princípios trabalhistas, ou que as provas dos autos explicitam existência de direitos do trabalhador, ainda que estes não tenham sido demandados, é permitir que a sentença seja omissa, impedindo, frustrando ou desvirtuando a aplicação de preceitos trabalhistas (TEODORO, 2011, p. 158).³⁰

Apesar de a vulnerabilidade técnica dos litigantes ainda obstar o efetivo acesso à justiça, o mérito do *jus postulandi* ainda persiste, estendendo aos financeiramente débeis os olhares da jurisdição. Trata-se de um primeiro passo. Se sozinho não basta, hão de se suceder outros e outros, igualmente nevrálgicos, ao alcance do destino mirado. Nesse rol, inegável o papel do juiz, apto a compensar os desníveis descortinados pelo instituto, maximizando a adequação e justiça em suas decisões.

6 IMBRICAÇÃO ÉTICA E ALTERIDADE NO ATO DE JULGAR COMO ELEMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA PROATIVIDADE JUDICIAL E DO *JUS POSTULANDI*

Uma vez sustentada a imbricação positiva entre a proatividade judicial e o exercício pleno do *jus postulandi* pelos trabalhadores, faz-se imperioso discorrer sobre o próprio conceito do ser que compreende, visto como partes essenciais ao exercício da Justiça, porquanto se reflete a face do trabalhador, enquanto sujeito ativo na relação jurídico laboral. A necessidade de se conceber que o trabalhador, assim como o advogado e o juiz, não podem ser vistos e analisados individualmente, mas devem ser vistos como ser-no-mundo, ou seja, aqueles que vivem em intrínseca conexão uns para com os outros, em uma relação quase que simbiótica, plena de possibilidades de manifestação

que se expandem muito mais do que a letra fria e formal do texto legal, mas auspiciam a idealidade, manifestada na eficácia plena do sentido de Justiça.

O Direito, e as relações trabalhistas por consequência, dessa forma, na pré-compreensão heideggeriana do intérprete, imergem-se na fenomenologia, tendo em vista que objetiva alcançar as coisas mesmas, por meio da revelação do ser dos entes. Dessa forma, os direitos trabalhistas, o exercício do *jus postulandi* devem refletir o dever-ser descontextualizado, posto a não pretensão textual de se alcançar uma finalidade determinada, consagrando a máxima da esgotabilidade da letra da lei como um fim em si, mas sim o poder ser como possibilidade de manifestação do ser. Essa manifestação se dá por meio do pleno e eficaz exercício dos direitos e deveres atinentes a cada cidadão. Direitos esses manifestados, por exemplo, no pleno exercício do *jus postulandi*, visto como possibilidade ideal de defesa dos interesses que são próprios de cada cidadão que os teve, de alguma forma, lesados.

A conduta ética deve ser compreendida sob a óptica da configuração do diferente presente no rosto do outro. O ser ético está imbricado ao ato de responder, que implica em responsabilidade ao que a demanda no relacionamento face-a-face. Alguma resposta tem que ser dada necessariamente, incluindo-se nesta o silêncio ou o ato injusto que se configura como uma resposta desprovida da responsabilidade ética.

Não há tempo para se conjecturar hipóteses e consequências do responder, fato esse que poderia desvirtuar a eticidade da resposta em condicionamentos pautados pelo interesse egoístico que inobserve a necessidade de um posicionamento premente e que exige uma imediata réplica.

Antes mesmo de constituir uma filosofia da alteridade, a ética levinasiana implica, pois, um pensamento da subjetividade em sua estrutura respondente. [...] A subjetividade, trazida pelo outro que transpassa seu mesmo, é estruturada como tendo-que-responder. [...] O estar na obrigação de responder, imemorial, vem de muito longe, bem antes das questões que eu possa me colocar sobre as razões pelas quais eu respondi ou eu não respondi. E, freqüentemente, enquanto estou a pesar os prós e os contras, é já muito tarde, o tempo da resposta passou, o tempo do

³⁰ Tal se coaduna, inclusive, com o princípio do impulso oficial, norteador da Teoria Geral do Processo, voltado à efetiva prestação jurisdicional (TEODORO, 2011, p. 158).

pensamento e da pesagem veio aboli-lo (BENSUSSAN, 2009, p. 25, grifos nossos).

Se à ética se associa a necessidade da responsabilidade para com o outro, a moral será a articuladora do relacionamento entre o Eu e o terceiro, tendo em consideração a reciprocidade desse relacionamento.

No sentido em que Ricoeur utiliza a distinção entre a ética (bem-viver) e a moral (dever). Analogamente, a ética diria respeito à necessidade da responsabilidade pelo rosto, e a moral diria respeito à normatização dessa responsabilidade quando a relação com o próximo do meu próximo institui a reciprocidade nas relações e, conseqüentemente, a necessidade de articular ética e política (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 91-92).

Tem-se que ter em destaque que a dinâmica interativa entre o Eu e o outro não se apresenta da mesma forma e a necessidade da configuração da justiça, por meio das instituições dispostas e construídas pela sociedade, representa um clamor por resposta imediata³¹. Dessa forma, o alinhamento entre a política, a atividade legislativa, a judicial e a executiva com a ética proporcionará uma visível implementação da pacificação social, por meio da regulamentação pragmática de leis que sejam “letras vivas” e se aproximem do senso do justo. “A política tende ao reconhecimento recíproco, isto é, à igualdade; assegura a felicidade. E a lei política completa e consagra a luta pelo reconhecimento.” (LÉVINAS, 2008a, p. 52).

Ressalta-se que não escapa ao pensamento de Lévinas a extrema vulnerabilidade do outro em face do Eu que se aproxima. Ínsita se apresenta a noção de intriga ética, na qual essa vulnerabilidade, que pode ser oportunidade para a configuração do mal, que seria um desrespeito a este outro, poderia alcançar a um terceiro.

Minha resistência começa quando o mal que me faz é feito contra um terceiro que é também meu próximo. É o terceiro que é fonte da justiça e, por aí, da repressão justificada; é a violência sofrida por terceiro que justifica que se pare com violência a violência do outro. A ideia de que sou responsável pelo mal feito pelo outro – ideia rejeitada, reprimida mesmo que psicologicamente possível – conduz-nos

ao sentido da subjetividade. [...] A ideia de substituição significa que eu me substituo a outrem, mas que ninguém pode substituir-me enquanto eu. Quando se começa a dizer que alguém pode substituir-me, começa a imoralidade (LÉVINAS, 2008b, p. 120-121, grifos nossos).

Faz-se, conseqüentemente, necessário a existência de estruturas sociais e legais que atuem na gratuidade desinteressada, de forma a evitar quaisquer formas de violência ao outro e ao terceiro.

o surgimento do “terceiro homem” traz uma novidade problemática, não apenas para a proximidade, mas de modo ainda mais abrangente para tudo aquilo que significa referir-se à ética da alteridade. [...] a filosofia da alteridade vê-se impelida a ter de pensar sobre a necessidade das estruturas sociais e do Estado legitimamente reconhecidas como capazes de conter a violência (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 91, grifos nossos).

Depara-se com o resultado possível da intriga ética levinasiana, qual seja, diante do outro que se aproxima, em sua vulnerabilidade, ao Eu é facultado fazer ou não o mal a este outro. Porém, tendo em consideração que o Eu é parte integrante de um sistema social no qual há aceitação, ainda que tácita, dos arranjos normativos que regulamentam o mesmo, poderá esse Eu ser julgado caso opte por invadir a esfera de direitos deste outro que se aproxima. Dessa forma,

A justiça soluciona a rede de responsabilidades infinitas apenas porque o eu chega a reconhecer arranjos sociais pré-existent e é julgado por um terceiro em responsabilidade. [...] A própria consciência nasce da percepção da injustiça e da demanda por justiça. A justiça soluciona a responsabilidade no sentido de que a vulnerabilidade e a obsessão do eu agora são julgadas por alguém que não é parte do relacionamento face a face e não tem qualquer interesse nele (HUTCHENS, 2007, p. 140, grifos nossos).

A imparcialidade deste julgamento se vê garantida pelo aparecimento do terceiro que, como não participe da relação conflituosa, promoverá um

³¹ Para maior aprofundamento, Cf. O’NEILL, Onora. *Em direção à justiça e à virtude: uma exposição construtiva do raciocínio prático*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 181-215.

juízo desinteressado, reflexo unicamente da responsabilidade.

Atenta-se, neste momento que a imparcialidade está diretamente relacionada com o reconhecimento do outro. Não se faz possível o estabelecimento da Justiça se a imparcialidade repousa sobre um rosto anônimo e desconhecido. Quando ela resulta de um mero formalismo no ato de se procurar fazer a Justiça.

A demanda por justiça inclui, ao lado de outras dimensões, uma demanda por reconhecimento e que, se o reconhecimento sem imparcialidade é injusto, inversamente, a imparcialidade sem o reconhecimento também o é. [...] a demanda por reconhecimento é uma demanda por imparcialidade, mas interpretada em termos respeitosos à singularidade, em termos, portanto, de equidade, e não de negação da diferença como sonhava Rousseau.[...] somente a imparcialidade não é suficiente, que a demanda por justiça deve incluir a demanda por reconhecimento, o que justifica as políticas de discriminação positiva, a recusa da igualdade simples, da paridade para as mulheres, etc. e introduz o perigoso pólo da diferenciação no centro da justiça (AUARD, 2006, p. 94-96, *passim*).

Destaque-se que essa divisão feita entre outro, Eu e terceiro não deve ser pensada como estática, pois um homem pode figurar-se como qualquer um deles. Esse é um fato constatado pelo dinamismo próprio da sociedade em que:

o seio da relação eu-outro. a chegada do Terceiro representa o rompimento da dialogicidade governada pelo Eu. Afirma-se que essa inspiração levinasiana funda uma compreensão de relação intersubjetiva, um novo humanismo ético-social. A aparição do terceiro, no seio da relação imediata entre o eu e o outro [...] indica-nos algo mais: na prática da caridade, do amor *des-inter-esse* pelo próximo, vive-se um ideal ético-humanista. [...] O fato de o outro-meu-próximo ser também um terceiro em relação a um outro, que também é próximo, revela uma cadeia de relações que implica abertura do um-para-o-outro para o infinito. A minha responsabilidade não é limitada pela responsabilidade do outro; somos todos implicados, somos todos culpáveis, todos responsáveis. A tomada sobre si do destino do outro é o elo de ligação da coexistência entre o eu-outro-terceiro e outro, para quem sou o próximo e o terceiro. [...] Pela entrada do terceiro, praticamente,

começa a gênese levinasiana da sociedade: a metafísica ou relação com o Outro realiza-se como serviço e como hospitalidade. Na medida em que o rosto de outrem nos põe em relação com o terceiro, a relação metafísica entre Mim e Outrem vaza-se na forma do Nós, aspira a um Estado, às Instituições, as leis, que são fonte de universalidade (MELO, 2003, p. 256-257, grifos nossos).

Assim, se, por acaso de reflexão, surgir o questionamento sobre a (não) configuração da Justiça na dinâmica do relacionamento entre o Eu e o outro, como justificativa de que apenas se pode pensá-la quando do aparecimento do terceiro, essa argumentação restaria inválida com a ideia de que os indivíduos figuram em polos de representação distintos em cada relacionamento desenvolvido.

Ao outro não é facultado o desrespeito ao Eu, como se deste desrespeito não surgisse nenhuma resposta ao clamor pela materialização da Justiça e contenção da violência feita. Tem-se que, na medida em que o Eu pode ser também o outro e um terceiro, ter-se-ia a necessidade de implementação da justiça não apenas quando os efeitos da violência atingissem ao terceiro.

O terceiro representa a sociedade e não apenas uma subjetividade encerrada em um homem. A sociedade, como coletividade da qual todos os Eus são parte, figura como catalisadora que impele à busca pela Justiça, pautada pelo acolhimento do rosto que conduz a uma igualdade na diferença de cada um, resultando, assim, no estabelecimento de uma convivência pautada pela fraternidade.

Toda a relação social, como uma derivada, remonta à apresentação do Outro ao Mesmo, sem qualquer intermediário da imagem ou de sinal, unicamente pela expressão do rosto. A essência da sociedade escapa se é apresentada como semelhante ao gênero que une os indivíduos semelhantes. [...] É a minha responsabilidade em face de um rosto que me olha como absolutamente estranho – e a manifestação do rosto coincide com esses dois momentos – que constitui o facto original da fraternidade. [...] No acolhimento do rosto (acolhimento que é já minha responsabilidade a seu respeito e em que, por consequência, ele me aborda a partir de uma dimensão de altura e me domina), instaura-se a igualdade (LÉVINAS, 2008a, p. 209, grifos nossos).

Eis que se faz por imperioso ressaltar que a noção de intuição e a discussão sobre a configuração da Justiça no relacionamento entre alteridades se pauta por uma concepção de heteronomia na configuração da subjetividade humana e no relacionar-se desta com outras.

Quando se fala em autonomia e heteronomia e suas conceituações, tem-se por relevante fazer algumas considerações:

Um povo livre é aquele que, fazendo um contrato consigo mesmo, obedece às leis políticas criadas por uma vontade geral reconhecida por cada cidadão. [...] A ideia de liberdade aparece intrinsecamente ligada à de autonomia e à de heteronomia.[...] Levinas define o primado ético sem considerar a liberdade do Eu como projeto fundante. [...] A liberdade investida encontra-se longe de uma compreensão da heteronomia reduzida ao totalitarismo do eu. Lévinas prefere seguir a tradição hebraica que concebe o sujeito autônomo diante de uma exterioridade absoluta.[...] A autonomia se define, desse modo, a partir da heteronomia; a heteronomia vem do amor, e esta por sua vez, não é contrária a liberdade, mas por ela o sujeito é convocado, interpelado à bondade. A moralidade não é fundada, portanto, sobre a autonomia da razão, mas na orientação da Palavra, que precede e ordena cada pessoa na via do Bem. O sentido de heteronomia, para Lévinas, orienta-se para uma responsabilidade pelo outro (MELO, 2003, p. 262, grifos nossos).

Dessa forma, tem-se que “uma sociedade regida por um Estado implicaria uma obediência, uma substituição da autonomia pela heteronomia”, por meio da qual a visão de subjetividade do humano se afasta de uma concepção plasmada pela autonomia egológica (MELO, 2003, p. 235-238).

A autonomia deveria ser compreendida não como referente de um ser isolado, mas como aquela autonomia que não está só no mundo e que surge do e no diálogo com os demais participantes do mundo da vida. A autonomia seria construída na heteronomia, e não no sentido liberal excludente (GUSTIN, 2010, p. 13).

A autonomia em si não é má. Pelo contrário, é condição necessária para que possa haver o “pôr-se-diante-de” no diálogo interacional. Essa autonomia não se confunde com a sua

manifestação negativa, ou seja, egolátrica. A boa autonomia representa a dimensão satisfativa que a proporciona, vivida em cada dimensão do Eu e do outro, de forma que, a cidadania seja verificada quando se encontram presentes na vida do indivíduo o fruir dos bens materiais, para uma sua digna sobrevivência, e a possibilidade realocar esforços que, não mais alocados na busca pelos recursos materiais a subsistência, possam ser envidados a outras realidades que contribuem para o crescimento do homem, como a educação, elementar para a formação cidadã e o lazer. Ter-se-ia, dessa forma, uma autonomia que “deve orientar-se não somente num sentido restrito de satisfação de carências materiais, mas de atribuir aos cidadãos a capacidade de se autorregem e de participarem com autonomia crítica da sociedade, tanto no que se refere à ação quanto à capacidade argumentativa.” (GUSTIN, 2010, p. 13).

A autoridade da lei do estado ou das instituições republicanas são entendidas, por Lévinas, como leis inventadas pelos homens, [...] para que os homens vivam entre si sem se destruírem. O momento da invenção da lei e da sua recepção é vivido de maneira particular, por cada indivíduo, como se a lei se dirigisse a cada um, na sua singularidade e unicidade. A adesão de Lévinas às leis da república se volta unicamente para a noção de Bem, que ele concebe na perspectiva da Eleição. Para Chaliel, isso significa que Levinas concebe a autonomia do sujeito na medida em que este, entendendo as exigências, as assume com um dever imperativo a responder. A compreensão da heteronomia no conjunto do discurso levinasiano, é iluminada sempre pela epifania do Rosto do Outro, enquanto Próximo; o Próximo é pessoal, ele é o rosto do pobre, do estrangeiro, da viúva e do órfão, o Próximo – Mestre chamado a investir e justificar a liberdade. Na relação face-a-face Lévinas põe a impossibilidade da liberdade e/ou de uma autonomia do sujeito que se autocompreende como razão de todas as suas escolhas e como autodeterminação da Lei (MELO, 2003, p. 262, grifos nossos).

Subjetivismo é sempre um ponto a ser refletido com maior aprofundamento. Mesmo porque, no pensamento levinasiano, não se conceberia o estudo da subjetividade que não fosse ligado ao da ética. Esta está em função do humano e suas relações interpessoais.

A ética não existiria fora dessa perspectiva. A socialidade não constitui uma estrutura diversa, uma unidade de sujeitos, uma simples comunhão de pessoas iguais, mas a constituição de uma nova ordem que se dá na órbita do outro. No nascimento latente da subjetividade, dá-se o surgimento de uma sociedade: o sujeito é despertado para a imediatidade do um-para-o-outro, para a responsabilidade (MELO, 2003, p. 253).

Consequentemente, não se pode pensar em ética³², diretamente imbricada à concretização da responsabilidade, sem antes pautar-se a concepção de subjetividade em uma sociedade na qual a dinâmica das relações e disputas pelo poder, não apenas político, mas econômico, acadêmico, familiar, etc., se apresentam como um elemento de dominação e de formação identitária que pode promover a exclusão. Essas disputas de poder puderam ser constatadas pela

inteligência moderna que, em Auschwitz, viu o resultado da lei e da obediência – decorrente do ato heróico – nos totalitarismos, fascistas e não fascistas, do século XX. A inteligência moderna tem suas razões, mesmo que Razão eterna deva um dia renegá-las. Ela esgota-as nas lembranças bem recentes – e na atualidade ainda atual – em que a deficiência humana perdeu sua modalidade de exceção na submissão à propaganda, ao terror, a todas

as técnicas do condicionamento em que a onipotência dos homens se mostrou correlativa à certeza de que se pode tudo fazer do homem (LÉVINAS, 2008b, p. 74-78).

Percebem-se três palavras que muito traduzem a crise do humanismo³³ apontada por Lévinas, quais sejam: submissão, condicionamento e individualismo. Esses vocábulos refletem preocupantes inclinações do homem que, em nome de um aparente poder, ilusão decorrente de uma concepção estreita de reconhecimento social, pode-se valer, e ainda o pode atualmente, de verdadeiros artifícios de controle e manipulação de seus semelhantes³⁴. Estes artifícios de dominação foram e são utilizados via recursos midiáticos cada vez mais refinados, de forma a espriar pela sociedade simulações do que é certo e errado. Uma tentativa de universalização de visões de um ou de muitos poucos.

Essas simulações são acompanhadas, ainda que subliminarmente, por ideias que induzem a massificação comportamental verificada, muitas vezes, pela padronização do consumo, do trato social, da visão política, da estrutura parental, dentre outros. Plantada se encontra a ideia de que o diferente, enquanto tal, não se adaptando aos costumes “padronizados” de uma sociedade, deva ser, pelo menos, visto com um olhar diferenciado, notadamente tendente a pré-conceituações indevidas e violentas à liberdade desse diferente.

³² “É necessário realmente sustentar que a ética, no sentido extra-ordinário de Lévinas, designa uma estrutura pré-original da subjetividade que a engaja ao montante dela mesma, de alguma maneira, numa resposta pré-original e an-árquica, numa imemorial antecedência a si. [...] não fazer aceção de pessoa é precisamente a regra que se impõe e que autoriza a igualdade de todos e o tratamento imparcial e indiferente dos casos e litígios desde que certamente dita regra se articula a partir de um consentimento prévio e universal a um mesmo código de valores e de comportamentos. A responsabilidade ética descreve, ao contrário, um tipo de situação-limite, não obstante banal e quotidiana, na qual a autonomia do sujeito respondente se acha sobrecarregada e onde este é despojado da sua capacidade de iniciativa, sem mesmo que ele o queira. É-lhe necessário inventar a regra de seus atos no instante ou, mais exatamente, agir na “tomada”, como diz Lévinas, precedendo toda a regra. É o que se poderia chamar de instante ou instantaneidade éticas. O instante ético, o instante da resposta, significa um abalo por um tempo diacrônico, por uma imediaticidade, um tempo que passa e se passa antes de toda tomada de consciência, antes de toda presença de espírito: o instante em que, sem preparação prévia, sem saber, sem poder, sem querer, um homem que se deixa inquietar pela transcendência de outrem, por sua irrupção inesperada que exige imperativa e imperiosamente uma reposta de responsabilidade, uma exposição do sujeito a um acontecimento que o invade, o constrange e o surpreende – ou o inibe, ao contrário. [...] O fazer ético-prático instantâneo interrompe a instituição e o formalismo das leis e dos Estados que ele precede. Assim, confrontado ao assassinato, o filósofo de Rousseau chamará a polícia, o que não é, de maneira alguma, repreensível, mas suspende a responsabilidade ética e a converte, arruinando-a, em responsabilidade civil. Este fazer, por sua vez, deverá ser diacronicamente interrompido pela justiça e a ordem da simetriação.” (BENSUSSAN, 2009, p. 52-53 *passim*, grifos nossos).

³³ Para reflexão aprofundada e diálogo crítico sobre a temática, Cf. ROSENZWEIG, Franz. *El nuevo pensamiento*. Madrid: Visor, 1989.

³⁴ “Em todos os tempos, mas especialmente hoje, o ser mais profundo do homem se rebela contra uma filosofia utilitarista, contra o conceito de uma humanidade manipulada, contra um mundo anônimo e contra todas as tendências de reservar aos especialistas, sejam cientistas ou políticos, o encargo de determinar o futuro da humanidade sem uma inteligente compreensão do significado da existência humana.” (HÄRING, 1974, p. 11).

Essa crise decorre da busca a todo e qualquer custo de uma proeminência social que, por vezes, inescrupulosamente, utiliza-se de artifícios vários para ascender como formadores de opinião e definidores dos rumos político-econômicos da sociedade.

A coisificação do homem pelo próprio homem não raramente foi constatada nessa pretenciosa corrida pelo poder. Porventura, se o homem ou agrupamentos dele, apesar de semelhantes aos outros na genética do *homo sapiens*, porventura se coloquem como uma voz que destoia dos interesses dos que vivem essa dinâmica pela ascensão ao poder, seriam os mesmos reduzidos a objetificação, ou, como se pode dizer, coisificação. Perceba-se que essa redução seria um claro artifício para que, com a sua pseudodesumanização proposta, pudessem eles ser eliminados da estrutura social sem maiores entraves éticos pelos outros, controladores ou manipulados pelo controle apresentado pelos grupos de poder. Claro está a alienação a que chegou o homem no horizonte do existir histórico.

Desumanizados pela delegação dos poderes, os homens buscavam a exaltação do poder e, assim, não só as vítimas estavam desumanizadas, mas também os que comandavam. A rigor, estes eram instrumentos de um mecanismo, de uma dialética, de um sistema, do dinheiro. Pode-se dizer que eles não colocavam em causa os axiomas da própria análise marxista, a qual reconhecia, a uma só vez, os fatos da alienação e dos condicionamentos em função das estruturas econômicas e, assim, apesar das convulsões sociais diante das quais a simples vontade livre confessava sua impotência, tal análise juntava-se ao otimismo humanista ao anunciar uma humanidade triunfante em estado nascente, graças a uma lucidez integrante e à utilização dessas convulsões como necessárias à eficácia humana (LÉVINAS, 2008b, p. 74-78)

Alienação provocada por ele, que prefere não enxergar as abominações cometidas em nome de falsos ideais de nação, Estado forte, raça superior, democracia social e prosperidade econômica. A acomodação ensimesmada é mais interessante do que a verbalização que denuncie a loucura humanitária cometida por regimes políticos e econômicos. A mesquinhez a que chegou muitos homens provocou a desfiguração da sua própria humanidade.

O fenômeno do estalinismo e as reincidências dos conflitos nacionalistas entre Estados que entraram na via do socialismo conferiram às possibilidades de degradação humana uma significação diferente daquela que esta poderia receber a partir de uma barbárie inocente, das faltas originais ou não originais e do divertimento. O sucesso das teses psicanalíticas nesse período que segue a derrocada – pelo menos provisória – do fascismo (sucesso, ele próprio explicado pela lembrança do totalitarismo) habituou-nos à ideia dos traumatismos não mediatizados e de uma influência insuspeita sobre a liberdade, a uma sondagem clandestina de uma humanidade desarmada, a procedimentos nos quais a razão se lavrava com os cérebros e não se assemelhava mais à unidade da aprecepção transcendental nem a uma razão prática (LÉVINAS, 2008b, p. 74-78).

Não se pense que essa realidade está afastada dos primórdios do terceiro milênio. Ela está mais do que presente nas várias mazelas que ainda soçobram a humanidade com corrupções, genocídios, cartéis econômicos, catástrofes alimentares e de saúde, dentre tantos outros fatos sociais que demonstram o quanto é premente resgatar a humanidade do próprio homem.

Resgate que não se restringe a noção de um Ser ideal, uma humanidade abstrata e conceitual, mas que se amplia pela visualização do homem concreto, vivente, que procura desde o nascimento até o seu ocaso apreender vida e aprender a viver. Este que busque se pautar pela coexistência em respeito e reconhecimento com o seu semelhante-que-diferente.

A essência do homem não pode manifestar-se em indivíduos isolados, porque as relações da pessoa humana com a sua geração e a sua sociedade são essenciais. Por isso, se quisermos conhecer a essência do homem, deveremos conhecer a essência daquelas relações (BUBER, 2004, p. 62).

O conceito do homem se emancipa do *ego cogito* descartiano da autossuficiência individualista do Eu que reina sobre si e vive uma solidão existencial. A desconstrução do individualismo egolátrico representa a emancipação do indivíduo que assume uma posição diferente do Eu sedutoramente ensimesmado que, encastelado, gozando de seu individualismo, deste torna-se

refém. O homem se encontra, dessa forma, por meio do outro. Eis a ontologia preciosa levinasiana.

A vida alheia, dessa forma, não diz respeito ao Eu, que se preocupa em experienciar uma realidade individualista de si, afastada, portanto, da verdadeira liberdade para o pensamento levinasiano, e em muito favorecida por uma sociedade de consumo que, por vezes, almeja reduzir à realidade material valores que são paradoxalmente distintos. Nessa linha de raciocínio, destaca-se igualmente o risco de se reduzir a administração da Justiça dentro de uma dinâmica de mercado.

A litigância judicial, por meio do que se pode chamar “indústria do processo” criou uma instrumentalização da práxis processual que em muito se configura como a utilização da técnica para, em uma relação de imediatidade e previsibilidade, obter uma resposta que se coadune com os desejos e pretensões do litigante. As estruturas da Justiça, enquanto órgão, por vezes sucumbem, não sem procurar cambiar essa realidade, a essa estrutura.

Como destacado anteriormente, tem-se que a presença do terceiro, na relação entre o Eu e o outro, conduz a reflexão do processo do existir social à consideração dos aspectos da ética, do exercício virtuoso da política e, conseqüentemente, do abordar a Justiça, enquanto necessária para que seja evitado o cometimento de injustiças para com o outro. Neste sentido, a política

segundo a proposição levinasiana, é a instância de uma necessária e benéfica interrupção da ética, a instância de uma medida comum segundo uma “entrada” (do terceiro) que Lévinas afirma ser “permanente”. Querer ou tentar fazer disto uma tradução da ética em “valores” que conformariam uma “ação” seria reabsorver a ética num conjunto lógico, lógico-político, de relações. Seria reintegrá-la na “aliança” sacro-santa e, no fim de contas, esquecer que toda política, mesmo a mais universal e mais democrática, deixada a si mesma, traz uma tirania, segundo uma fórmula notável de *Totalité et infini*. Em outros termos, todo pensamento de uma relação de tipo transitivo entre a ética e a política, entre a filosofia, as ontologias do ser social ou político e a história, arrisca-se ao desastre ou se expõe, no mínimo, ao perigo de uma possível catástrofe (BENSUSSAN, 2009, p. 50-51).

A Justiça deve ser pensada não apenas a

Justiça formal, ou seja, aquela resultante do regramento dos poderes do Estado competentes para tal, leis emanadas do Poder Executivo, decisões judiciais do Poder Judiciário, Decretos, Portarias, Circulares, enfim, o exercício da Administração Pública dos poderes retromencionados, mas, também, como a Justiça enquanto conceito, enquanto dimensão do agir ético, que preexiste às configurações estruturais desenvolvidas pela sociedade para estabelecer uma regulamentação e ordenação da dinâmica dos cidadãos. Assim, poder-se-ia ressaltar que esse pensamento segundo da Justiça surge “com o advento do próximo de meu próximo, colocava-se a questão da relação entre *ética e política* na intriga humana. [...] Trata-se da intrínseca relação entre a humildade – considerada a maior das virtudes na ética do rosto – e a justiça enquanto esta última deve preservar os outros dos maus.” (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 99).

Veja-se, neste diapasão, que a temática da Justiça perpassa a questão da humildade, enquanto atitude ética do rosto. Percebe-se uma relação intrínseca entre o agir com justiça e o estar em estado de humildade, segundo o pensamento levinasiano, que não se confunde com uma subserviência, uma passividade que resultaria de uma anulação da própria identidade, mas que representa uma abertura no processo relacional. Essa abertura se imbrica com a materialização do atuar justo na medida em que o Eu humilde se apresenta com acentos de passividade na relação com outro e o terceiro. Essa passividade proporciona a ele uma potencialização da percepção da realidade alheia à sua própria existência em construção.

Isso quer dizer que, por meio do exercício humilde no relacionar-se, pode-se um indivíduo sensibilizar-se mais com as realidades, sejam elas políticas, econômicas, sociais em geral, que se colocam à sua face e, conseqüentemente, atente para as particularidades que podem não ser componente integrante da construção da identidade do Eu que analisa e interage com o diferente. Dessa forma, “a relação face-a-face, a substituição, a responsabilidade infinita não são apenas um modo de compreender o outro modo de ser do sujeito, mas também a gênese da sociedade e da política.” (MELO, 2003, p. 255).

Essa abertura humilde muito tem a contribuir para a produção legislativa quando atenta às realidades que, pela própria constituição do Eu que elabora um determinado projeto de lei, por vezes,

não são dedutíveis de sua própria existência. Portanto, faz-se necessário um olhar de abertura para a exterioridade que se torna interioridade no processo de contemplação do rosto-do-outro. Essa busca pelo resgate da sensibilidade pelo diálogo, presente no olhar que quem atua como representante do povo e no funcionamento do Estado, representa o apelo por uma compreensão de efetividade da Justiça que se afaste de uma visão que a intervenha apenas como consequência de um ato burocrático/formalista do Poder Judiciário com a prolação de uma sentença ou acórdão quase que de forma automática e estatística, a título de exemplificação.

Transformar juízes no *homem estatística*, sermos vistos apenas pelos números que consignam a nossa produtividade implica tirar a carne que dá sentido à aritmética e mascarar o único caminho que pode levar a uma mudança efetiva no modo como o Judiciário se coloca. Transformar juízes no *homem estatística* significa substituir o diálogo pelo medo e imprimir a estereotipia em que o desprezo pelo detalhe levará ao emudecimento e à artificialidade, compondo um quadro que só interessa a uma armação programada para satisfazer em massa a opinião pública (LOPES, 2012, p. 279).

Tem-se a necessidade de se cambiar uma mentalidade que se pautou pelo formalismo encerrado em si, como a visão dos “juízes máquina”, numa concepção de indivíduo encerrada apenas pelo que diz a “letra da lei”, certamente objetificante e redutora de tal indivíduo. O que se propõe é tornar o olhar do homem sobre a sociedade pautado pela visão personalista que compreende a dignidade humana como resultado de um sistema de organização social que, antes de ser fim em si mesmo, está a serviço do homem, tendo a sua razão de existir focada na promoção do mesmo. Assim,

os que preconizam um tipo personalista de sociedade vêm a marca da dignidade humana, antes e acima de tudo, no poder de colocar esses mesmos bens da natureza a serviço da conquista comum de bens intrinsecamente humanos, morais e espirituais, e da liberdade de autonomia do homem (MATA MACHADO, 1953, p. 197).

O fazer da Justiça uma realidade concreta não resulta da elaboração de uma decisão que, atendendo aos requisitos formais exigidos por lei, considera-se finalizada como valor que se encerra na própria redação que se apresenta a assinatura do magistrado³⁵. O valor da efetivação da Justiça se apresenta sugestionado em dois momentos no decorrer do desenvolvimento da decisão judicial que, longe de ser um aspecto dispensável, não podem ser considerados como resultados, de *per si*, da justiça pleiteada pelos que apelam ao Poder Judiciário.

Uma sentença que aspira ser justa começa a se delinear com a análise dos fatos e suporte probatório processual. “O juiz anda por estas ruas nos caminhos abertos nos processos. Eles são seu caderno de anotações.” (LOPES, 2012, p. 274). Eis que o processo, longe de ser apenas um amontoado de documentos perfilhado por razões e argumentos tecidos pelos advogados, representa a realidade, ou algum aspecto dela, de uma pessoa que é refletida em laudas. Por essa razão, requer um olhar do magistrado que ultrapasse a concretude do papel, de forma a poder visualizar os acontecimentos ocorridos na vida do requerente, e que, também, passe a exercer um policiamento reflexivo de si, para que não deixe os aspectos negativos do cotidiano, como os problemas pessoais, do excesso de trabalho, da falta de estrutura para o exercício da judicatura etc., entorpecer o olhar que decidirá os problemas reais de inúmeras vidas³⁶.

A disponibilização do juiz para o outro, a sua responsabilidade para o outro que deve conhecer, como rosto e como identidade única e importante, encontra ressonância na ética segundo Levinas que coloca a todos como testemunhas da humanidade para a qual nos apresentamos sempre no que realizamos nas relações e nas ações [...] A disponibilização não se dá no absoluto ou na perfeição. Dá-se corriqueira e cotidianamente. Este é o infinito. Assim com qualquer ser humano (LOPES, 2012a, p. 14-15).

Não é fácil desconectar-se desses problemas no exercício das atividades do dia-a-dia, mas é necessário um esforço por tentar minorar a influência dos referidos problemas como distrações

³⁵ Para maior aprofundamento, Cf. SANTOS, 2008, p. 66-78.

³⁶ Sobre a temática abordada, Cf. HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução de Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985, p. 109-141.

que desviam o foco das realidades da vida presentes nas laudas processo que solicitam uma resposta responsável.

A tensão, a pressão e a repetição podem transformar juízes em pessoas amortecidas para a experiência humana do outro. Podem nos transformar em autômatos sensíveis apenas o peso dos dias e de sua redundância. E mesmo que não seja o sol e o calor. Serão as sucessivas aberturas da porta das salas de audiência. Será o automatismo dos despachos. Será a insuficiência de servidores. Será o computador que não funciona bem. Será a inviabilidade da execução. Será uma audiência após a outra, após a outra, após a outra. Será o que não podemos resolver. Tudo isto pode nos tornar cegos para os fatores que demandam entendimento e para o poder que está em ser independente para dizer exatamente como é. Pode nos amortecer o sentido para os riscos do outro. Pode quebrar o equilíbrio dos dias e das expectativas que se voltam para o nosso ofício (LOPES, 2012, p. 269).

Na medida em que há essa análise prévia do processo instruído, passa-se o juiz à fase de elaboração da sua decisão que, em resultando do seu convencimento pelo conteúdo probatório e pela argumentação dos defensores dos requerentes, será tanto quanto justa se se pautar pela observação criteriosa e sensível do processo enquanto pleito de um indivíduo e não apenas como mais um caso dentre muitos outros que todos os dias são levados ao olhar do magistrado.

Mais uma vez a cena paradoxal do direito isola o juiz em si mesmo e o conecta à visibilidade forçada da publicidade obrigatória, cuja repercussão varia de acordo com interesses que vão desde a peculiaridade do caso à forma como o setor de comunicação do tribunal deseja noticiá-lo. O juiz não forma a convicção para si. Forma-a em si, mas para o outro (LOPES, 2012, p. 267).

Neste ponto, ressalta-se que, por mais que ao julgar o magistrado deixe transparecer suas pré-concepções sobre o assunto, e isso é muito natural, já que não há como dissociar uma formação sociocultural do agir ao decidir demandas que, mesmo que inconscientemente, irão apresentar alguns acentos de concepções íntimas do juiz.

O que se pode destacar, nesse ponto, é que o

magistrado, na observância da lei, como deve ser sua conduta, deve se atentar para as realidades plurais, muitas das quais ele mesmo porventura desconheça. Essas realidades podem conduzir o seu olhar para um despertar da noção estável de moralidade comum, como se ela fosse um colosso que conferisse rotina e solidez às decisões proferidas.

Apesar de não ser possível formar os juízes para a ética no absoluto, como se fosse ela uma fórmula matemática, de não ser possível a difusão do conteúdo permanente do *jeito de avisar* dos pais, há de se abrir a perspectiva formativa para um cenário dialógico e de narratividade que permita a difusão do exemplo, a contemplação dele em sua versão oral como um elemento da cultura humana em geral e da cultura jurídica (de um país, de uma instituição) em especial (LOPES, 2012a, p. 4).

Tem-se que mesmo o que se concepção como comum, não poucas vezes, representa um arcabouço de visões de um segmento específico da sociedade, às vezes, não compartilhado em seus valores por outros grupos e pessoas. Dessa forma, o exercício de ampliar o olhar sob o caso em análise permitirá a elaboração de uma decisão que contemple realidades novas e que, ao mesmo tempo, seja um contínuo aprendizado do terceiro que julga e que deve conduzir sua atuação como fruto da configuração de um processo no qual o autoconhecimento e a possibilidade de abertura possibilitaram o policiamento de si e da tentação de ceder a uma visão cômoda à ética do juiz, mas que, por vezes, não se apresenta como a mais adequada para ao litígio analisado.

O aprendizado resultante da vida se deposita na estrutura do Eu existente como memória, fruto da consciência dos erros e acertos diante das situações vividas. A evolução do indivíduo está em, de fato, aprender com os fatos da vida, visando um aprimoramento pessoal que repercute na identidade do outro que dialoga. Assim,

são estes erros e acertos nos lugares aonde esbarramos nossas solidões que fazem a memória. Nas salas de audiência, nas secretarias das varas, nos corredores dos prédios da Justiça, na escritura de despachos e de decisões também temos esses encontros, também tocamos pessoas e somos tocados por elas. E é assim que formulamos o que somos. Dia a dia. Face a face. No transcurso das horas em caleidoscópio (LOPES, 2012, p. 8-9).

Essa abertura ao outro, por meio do exercício da escuta, e a uma visão distinta possibilita a este terceiro, no exercício de uma humildade absolutamente humana, viver a riqueza da diversidade social e dela poder aprender mais sobre a nobre decisão do decidir que, muito mais do que um cumprimento legalista, subsuntivo e burocrático, representa o exercício da escuta do outro que clama por ser ouvido, reconhecido em suas misérias e injustiças.

Nós nos encontramos com as pessoas nos autos ou na parte deles que se verte nas audiências, nas secretarias, nos despachos. Somos testemunhas de suas vidas na continuidade numerada da autuação. Ouvimos o que tem a dizer por escrito ou quando os interrogamos. Pesquisamos sua vida pelas provas. A ordem jurídica dá-nos o poder de decidir quem tem razão e de fazer um relato que justifique a nossa compreensão das coisas. O relato não se destina ao nosso gosto pessoal. Ele é o mais forte elo de contato do Poder Judiciário com a democracia na medida em que, tornado público, ele permite controle e crítica. Constitui parâmetro que se soma às fontes para o conhecimento do direito (LOPES, 2012, p. 277-278).

Essa escuta gera o bem, a vida e a reconstrução moral daquele que teve algum direito ou liberdade usurpados ou inobservados por outrem. Referenda-se o posicionamento de Villela que, se baseando em Hart, conclui que esse

nota que sociologicamente é uma ingenuidade supor-se que “haja uma única moralidade social homogênea”, de que o juiz seria um porta-voz quando baixa a sentença. Nossa sociedade – gostemos ou não – é moralmente uma sociedade plural, conclui Hart, que desvela ainda a ficção que se esconde sob o apelo ao chamado *ordinary reasonable man*, o nosso conhecido *homem comum*. Atrás dessa entidade mítica, o que há, não raro, é a própria figura do juiz. O hipotético julgamento do homem comum, muito frequentemente, é uma simples sombra projetada, que lançam as próprias percepções morais do juiz ou as daqueles de sua classe social mesma. [...] Em apoio a heterogeneidade do julgamento social, Hart invoca pesquisa de opinião, segundo a qual

o desvio de enquadramento nunca foi inferior a 75%, isto é, não mais de uma em quatro pessoas estimaram um mesmo fato com idêntico rigor jurídico (VILLELA, 1982, p. 24).

Aqui se pode relacionar o processo com o indivíduo, na medida em que se considera aquele como personificação deste que se coloca diante do magistrado com suas queixas e solicitações. “O direito tecnocrático e sem vida nada tem a ver com a experiência cotidiana do trato dos processos, onde tudo, literalmente tudo, pode acontecer. E acontece. E demanda respostas de quem deve estar preparado para dá-las.” (LOPES, 2012a, p. 4-5). Dessa forma, “a entrada do terceiro juiz que está separado dos arranjos sociais introduz a possibilidade de justiça no mesmo momento em que se torna necessário para o eu ter essa justiça.” (HUTCHENS, 2007, p. 140). O juiz não pode reduzir, sob essa óptica, o processo ao mero número que o identifica face aos outros, isso seria uma nadificação da singularidade à totalidade que homogeneiza a sociedade³⁷, tratando de reduzir ao anonimato uma realidade que clama ser reconhecida e escutada. “A totalidade incorpora a multiplicidade dos seres que a paz implica. Só os seres capazes de guerra podem ascender à paz. A guerra tal como a paz supõe seres estruturados diferentemente de simples partes de uma totalidade.” (LÉVINAS, 2008a, p. 218).

Para se concretizar a presença e efetivação da Justiça na existência concreta dos querelantes, passa-se a um segundo momento em que aquela decisão prolatada aguarda sua execução, ou seja, a materialização do decidido, sob pena de configurar-se como letra morta, sem aplicabilidade para os anseios de quem espera a sua realização.

A execução de uma sentença figura, nesse raciocínio, como o corolário de todo um processo decisório que considerou a singularidade do rosto desde a análise probatória e argumentativa. Essa atenção para com o outro, que representa o laborioso exercício do magistrado humilde, diligente e sábio. O exercício da humildade garante ao magistrado uma percepção dos fatos que não se deixa levar pelas vaidades a que podem sucumbir diante do “prestígio” e “poder” socialmente conferidos a função do “dizer o que é justo”. Esse afastamento dessas vaidades representa uma

³⁷ Para maior aprofundamento, Cf. CHALIER, Catherine. *Lévinas: l'utopie de l'humain*. Parigi: Albin Michel, 1993, p. 76.

potencialização da sensibilidade para uma visão mais humana no exercício cotidiano das suas funções.

a refletir se estavam preparados para o exercício de julgar “nesta terra de Doutor”, se estavam conscientes da importância de não se transformarem em personagens estereis na fórmula vazia do “Seu Doutor”, da importância de não se deixarem vender, não apenas no sentido literal da integridade ética e da incorruptibilidade, mas também de não se deixarem levar pelo medo, pelo descaso, pela preguiça, pelo desleixo (LOPES, 2012a, p. 6).

Uma “maturidade” decorrente do ser humilde possibilita a vivência da hospitalidade concreta na fraternidade. Essa vivência atinge, não apenas as estruturas do Poder Judiciário, mas a dos outros Poderes e a sociedade como um todo. Representa, por conseguinte, toda uma

recuperação das instituições, da teoria, da política, da fenomenologia, exige um olhar crítico para que a vigilância, própria do cuidado pelo outro, não seja traída pelo conceito da justiça formal. O conteúdo adequado e autêntico da justiça só pode vir da primazia concedida à fraternidade sobre a “comunidade de gênero” (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 99).

Apresenta-se, no excerto acima disposto, a responsabilidade levinasiana para com o outro, para com a alteridade no exercício da fraternidade. Neste sentido,

a tomada na “fraternidade” é o indício de uma perturbação do pensamento: talvez a política não é toda circunscrita pela filosofia política, seus conceitos e suas problematizações. Se é de alguma maneira pensável que uma resposta a uma singularidade falante difunda-se antes mesmo que a questão à qual ela responde possa ser posta, é que a resposta ética precede a filosofia que vem pensá-la, e que ela autoriza que suas interrogações possam chegar depois dela e mesmo que ela predetermine em todo rigor a instância do político (BENSUSSAN, 2009, p. 73).

Essa responsabilidade que, junto à substituição, representa uma verdadeira liberdade e autonomia do sujeito que, vivendo em sociedade, não se faz senhor ou escravo dela, mas a vive como

um degrau de singularidade que se apresenta à interação e ao crescimento individual e coletivo resultante da abordagem do diferente. Crescimento este que se arvora ao tecido social, com abundantes frutos emanados da ética surgida da intersubjetividade comunicativa, e que se estendem até as instituições que regulamentam e organizam esta comunidade de cidadãos que é o Estado. “Um homem que atingiu a maturidade é um personalista que concelebra a sua existência com homens semelhantes a ele pela responsabilidade, liberdade e razão.” (HÄRING, 1974, p. 32). Ressalte-se que o “estado, as instituições e as leis, como forma de ordem econômica, sem a responsabilidade ética individual não chegam a realizar o seu papel.” (MELO, 2003, p. 257).

Sem trégua nem repouso, eu estou exposto, em minha responsabilidade insistente, em meu tormento de ter de entender e ter de responder, ao apelo e ao grito, ao sofrimento, e infortúnio importunos e, por consequência, à obrigação insuportável de ter que sofrer a prova cada vez minha. Nesta ética da resposta infinita de responsabilidade põe-se em jogo e em movimento uma insubmissão continuada a quaisquer possibilidades de racionalmente predeterminadas. Uma política dócil e submissa ao real poderia talvez aí encontrar motivo de uma reabertura, interrogando-se sobre sua demasiado pronta subordinação à distinção do fato e do valor, a qual, peremptória, a conduz algumas vezes a tomar os fatos pelos valores e aquilo que existe por uma norma. Assim, a ideia de uma inspiração ética da política poderia fornecer um critério empírico, permitindo julgar uma ação ou uma lei. Estas poderiam ser chamadas “boas” se elas não se substituem ao acontecimento ético que as precede e se elas não obstruem o antes-da-lei, não reconhecendo nem sob elas nem além delas mesmas, dito de outra forma, se elas autorizam sempre e conduzem continuamente à possibilidade de sua interrupção. [...] Importa fazer uma abertura indefinida de interrupções que, a cada vez, quebram os encadeamentos, no sentido estrito, da dialética, os ajuntamentos massivos da política onde se articulam, totalizando-se pessoa e sociedade. Essas interrupções, no fundo, são *os interstícios do político* tais como se deixam ver nas pluralidades, a contestação, a diversidade, os conflitos, enfim, naquilo que, sobre um plano institucional, corresponde mais ou menos à democracia, à sua dramaturgia, à

sua fragilidade (BENSUSSAN, 2009, p. 78, grifos nossos).

Assim, diante da aparente paradoxal missão do Estado, em resguardar os direitos de cada um e de todos, resta o exercício de coragem de viver a dimensão do aprendizado, como erros e acertos, de se governar, de se fazer política que possa saciar com respostas na integridade aos muitos que a esperam. O ato de espera do cidadão representa esse chamado à responsabilidade por quem tem o dever de responder, dever esse ético e na funcionalidade da competência atribuída. Tem-se que

a humildade, vivida como amor e responsabilidade, orienta e ordena a relação primeva de justiça entre o eu e o outro. Esta virtude aquém do Ser, por sua vez, motiva e agiliza a instituição da relação com todos-os-outros a fim de resguardá-los da injustiça do mesmo. Diante desta constatação, a filosofia da alteridade justifica o sentido da política a partir da justiça. [...] o Estado justo deve promover e garantir os deveres e os direitos de todos, deixando, no entanto, transparecer sua tarefa radicada na eticidade que nasce do amor como responsabilidade [...] que advém da relação com o rosto. [...] A política, cuja meta é instituir a justiça por intermédio da universalidade da lei, não pode deixar de garantir o sentido pré-original da fraternidade do um-para-o-outro ou da substituição sobre a qual se constrói a igualdade do Direito (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 99).

A humildade que, como semente que germina na sociedade proporciona uma abertura dialogal que se encaminha para o amadurecimento das práticas políticas, principalmente quando se atrela ao ser humilde a sábia cobrança de si no ato de responder as misérias sociais. A soberba do Eu individualista o cega quanto à necessidade de contínuo aprimoramento moral. A lógica da não necessidade de evolução comportamental é oriunda de uma visão estreita e que não se faz sensível às realidades que não sejam afetas ao si-mesmo. A humildade destrona essa autossuficiência “pronta e acabada” do Eu e o possibilita a seguir com os outros no exercício de construção política fruto de uma cidadania consciente do muito que ainda se há por fazer para que seja o Estado lugar de hospitalidade para com todos.

6.1 A Existência e a Compreensão do *Jus Postulandi* Face ao Direito do Trabalho

A pré-compreensão heideggeriana do intérprete perpassa pela fenomenologia, na medida em que se pretende chegar às coisas mesmas por meio do desvelamento do ser dos entes. Esse intérprete, inúmeras vezes mencionado, é o juiz, o advogado, mas também é o trabalhador cômico de seus direitos e deveres, cidadão pleno que, sedento por manifestar sua defesa e ser creditado por ela, possui como instrumento de efetivação das suas legítimas pretensões o *jus postulandi*. Segundo Heidegger, conforme sustentado anteriormente, a interpretação só se dá se antes houver uma compreensão prévia, compreensão essa pautada pela análise fenomênica expressa como ser-no-mundo, que se encontra circundado por objetos, vivendo em determinado estado de conexão com os outros (HEIDEGGER, 2008, p. 76).

Percebe-se que ao juiz se apresenta com uma eficácia ímpar e concreta, para que seja dado o sentenciamento à lide apresentada, o trabalhador que, por meio do *jus postulandi*, externaliza e fundamenta sua defesa, com o vigor e a consciência dados somente por aquele que presenciou e vivenciou a relação trabalhista no dia a dia. Essa compreensão prévia do juiz será maximizada ou minimizada quando se possibilita o pleno exercício do *jus postulandi*, muitas vezes possibilitado exatamente pela postura proativa do magistrado em audiência. Tem-se, daí, a real possibilidade de uma eficaz interpretação, por meio da decisão do magistrado, quando o mesmo compreendeu as impressões traduzidas a viva voz pelo trabalhador, uma percepção puramente fenomênica, sistêmica, observante da consciência do ser-no-mundo.

O Direito do Trabalho, dessa forma, se constrói por meio da vivência, ou seja, no mergulho existencial no mundo mesmo. O sentido de Direito se configura como de um dever ser autônomo em relação ao seu autor. Dessa forma, o sentido do Direito pode não mais ser aquele que se entendia por ocasião de sua vigência, ou de épocas intermediárias em sua trajetória. Da mesma forma que não se deve buscar nele a possível intenção de outrem.

Assim, o direito posto, em Heidegger, deve ter o sentido do dever ser descontextualizado, tendo em vista que todo texto não pretende alcançar um ser determinado, mas o poder ser como

possibilidade de manifestação do ser. Certamente o *jus postulandi* reflete essa manifestação do ser que busca a plena e concreta efetivação do poder da sua voz nos órgãos judiciais acionados para o deslinde do conflito trabalhista.

7 EXCLUSÃO DOS TRABALHADORES NÃO EMPREGADOS: DISCRIMINAÇÃO A SE PERPETUAR?

Sem dúvida alguma, a inovação empreendida pela EC n. 45/04 atendeu aos reclames de seu tempo. Frente à informalidade e à flexibilização das relações obreiras, teve a Justiça do Trabalho que fazer jus ao seu nome, deixando de ser a Justiça do emprego³⁸ para responsabilizar-se por todo o gênero laboral.³⁹ A extensão de sua processualística tuitiva a toda a gama genérica de trabalhadores corrigiu sua inconcebível submissão ao formalismo e lentidão da Justiça Comum. Afinal, procedimentos distintos direcionavam-se a sujeitos semelhantes, igualmente desprovidos dos meios produtivos e carecedores de uma tutela processual hábil, adequada e célere aos créditos alimentares garantidores de sua existência.⁴⁰

Entretanto, no que toca à capacidade pessoal de postular em juízo, a Instrução Normativa n. 27, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 2005, assim transpareceu: “Nas lides não oriundas das relações de emprego, o *jus postulandi* não se perfaz.”⁴¹ Não seria a perpetuação de injustiças que a EC n. 45 visou eliminar?

De fato, a literalidade celetista revela sua nítida restrição aos sujeitos das relações de

emprego. Entretanto, seu cotejo ante ao novo ditame constitucional clama pela interpretação que a estenda aos envolvidos em relações de trabalho.⁴²

Ademais, insta ressaltar que, em diversas circunstâncias, a vulnerabilidade do trabalhador em sentido lato supera a do empregado, haja vista não ser contemplado pelo patamar civilizatório mínimo ofertado tanto pela Carta Magna quanto pela CLT, submetendo-se às intempéries do mercado e à sua excludente dinâmica da oferta e procura.

Para Delgado (2010, p. 649), “cabe ao Judiciário produzir interpretações que assegurem real efetividade à” Constituição, “sob pena [...] de os avanços institucionais, sociais e culturais” por ela previstos “serem desenganadamente frustrados”. Não é razoável que um dispositivo legal prévio impeça às mudanças constitucionais sua natural amplitude. A extensão do *jus postulandi* a todos os trabalhadores abarcados pelo processo tutelar trabalhista é medida que se impõe frente aos escopos isonômicos e democráticos da República pátria, pois as mesmas razões históricas que justificaram sua inclusão também justificam a maximização de seu acesso a tão ágil instrumento de concretização de direitos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade de tratamento aos díspares integrantes da sociedade é incompatível com a pluralidade típica da pós-modernidade, a clamar pela incessante compensação das vulnerabilidades fáticas com encorpadas prerrogativas jurídicas. Assim se pauta o *jus postulandi*, promovendo

³⁸ Assim o era devido à sua ancestral restrição aos “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores” empreendida pelo *caput* da antiga dicção do art. 114 da CR/88. Ressalte-se que, antes mesmo da EC n. 45/04, os trabalhadores avulsos e os pequenos empreiteiros foram incluídos em sua dinâmica processual pela própria CLT (conforme se depreende de seu art. 652, alínea ‘a’, incisos III e V), gozando de todas as suas prerrogativas, dentre as quais o *jus postulandi*.

³⁹ A EC n. 45/04 ampliou-lhe a competência, que passou a englobar as ações oriundas das relações de trabalho, nos termos do novo inc. I do art. 114 da CR/88.

⁴⁰ “[...] a *mens legis* possui, a nosso ver, forte conotação de inclusão social daqueles trabalhadores – não empregados – que, de fato, estão em situações econômicas e sociais que exijam um rápido e efetivo acesso à Justiça.” (LEITE, 2006, p. 177).

⁴¹ Tal tese emana no bojo da IN n. 27/2005 do TST (que dispõe quanto ao procedimento a ser aplicado nos processos iniciados após a EC n. 45/04) em dois momentos:

Art. 3.º, § 3.º: Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas.

Art. 5.º: Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

Frente à aplicação do princípio civilista da sucumbência recíproca nas ações não oriundas da relação de emprego, torna-se compulsória a presença do advogado em tais demandas (LEITE, 2010, p. 388).

⁴² Na esteira do Enunciado n. 67 aprovado pela 1.ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (evento realizado em Brasília-DF, nos dias 21 a 23 de novembro de 2007): “JUS POSTULANDI. ART. 791 DA CLT. RELAÇÃO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. A faculdade de as partes reclamarem, pessoalmente, seus direitos perante a Justiça do Trabalho e de acompanharem suas reclamações até o final, contida no art. 791 da CLT, deve ser aplicada às lides decorrentes da relação de trabalho”.

diferenciado acesso judiciário aos financeiramente débeis das relações de labor.

Logicamente, os desníveis técnicos, financeiros, informacionais e educacionais insistem em permanecer no processo, mas não lhe anulam a utilidade. Demandam, na verdade, a difusa socialização do saber jurídico, primordial à própria democracia, transformando o indivíduo em sujeito e cidadão na autodeterminação consciente da própria vida. Destaque-se, ademais, sua possível e imprescindível equalização pelo magistrado trabalhista diligente, proativo, sensível e artífice da justa resolução dos conflitos.

Sem dúvida, a despeito de sua impotência em combater solitariamente as disparidades reinantes no processo, o mérito do *jus postulandi* ainda persiste, estendendo aos hipossuficientes laborais os olhares da jurisdição. Nesse sentido, patente se mostra como uma das várias medidas a serem empreendidas em prol do efetivo acesso à justiça, imprescindível em um Estado fundado na Democracia e na pluralidade, que aspire efetivar, e não apenas declarar, os direitos de todos.

REFERÊNCIAS

- AUDARD, Catherine. *Cidadania e democracia deliberativa*. Tradução de Walter Valdevino. Porto alegre: Edipucrs, 2006.
- BENJAMIM, Antônio Herman Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 70-85.
- BENSUSSAN, Gérard. *Ética e experiência a política em Lévinas*. Passo Fundo, RS: IFIBE, 2009.
- BUBER, Martin. *Il problema dell'uomo*. Tradução de Fabio Sante Pignagnoli. Genova/Milano: Marietti, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. Efetividade da justiça nas relações individuais e coletivas do trabalho. *Revista LTr.*, São Paulo, v. 74, n. 6, p. 647-651, jun. 2010.
- FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. A voz do conselho: necessidades humanas, direito e política. *Revista Governança Social – IGS*, Belo Horizonte, ano 3, edição 8, p. 9-14, abr.-jul. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/103257284.pdf>> 2011. Acesso em: 6 jun. 2012.
- HÄRING, Bernhard. *Moral personalista*. Tradução de Márcio Fabri dos Santos. São Paulo: Paulinas, 1974.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008.
- HUTCHENS, B. C. *Compreender Lévinas*. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2007.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr., 2006.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr., 2010.
- LÉVINAS, Emmanuel. *De Deus que vem a ideia*. Petrópolis: Vozes, 2008b.
- _____. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2008a.
- _____. O juiz como agente de sua independência: entre o diálogo e o medo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 103, p. 257-284, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/103257284.pdf>> 2011. Acesso em: 11 jun. 2012.
- LOPES, Mônica Sette. *Crash: entre encontros e desencontros*. Disponível em: <http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/crash.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2012.
- _____. *Os juízes no espelho: ver e ser visto*. [No prelo, 2012a].

- MALLET, Estevão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr., 2000, p. 156-168.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, v. 706, p. 56-60, ago. 1994.
- MATA MACHADO, Edgar de Godoi. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Vera Cruz, 1953.
- MELO, Nélio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Lévinas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- NALINI, José Renato. Novas perspectivas de acesso à justiça. Disponível em: <daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>. Acesso em: 21 fev. 2011.
- PAROSKI, Mauro Vasni. Prejulgamento e parcialidade do juiz: breves notas com enfoque na Justiça do Trabalho. *Revista LTr.*, São Paulo, v. 74, n. 11, p. 1.294-1.301, nov. 2010.
- RIBEIRO JÚNIOR, Nilo. *Sabedoria da paz: ética e teo-lógica em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Loyola, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2008.
- SENA, Adriana Goulart de. Resolução de conflitos e acesso à justiça: efetividade material e judicial. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr., 2010, p. 143-174.
- SILVA, Antônio Álvares da. Jus Postulandi: um bem ou um mal? In: SILVA, Antônio Álvares da (Coord.). *Cinco estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 2009, p. 158-179.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A fúria. *Revista LTr.*, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1.287-1.309, nov.-2002.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Tutela antecipada no processo do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, São Paulo, ano 5, n. 10, p. 146-166, jan.-jun. 2001.
- TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr., 2011.
- VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr., 2000, p. 271-274.
- VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não violenta*. Belo Horizonte, MG: Ed. da Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série Monografias, 3).

INICIAÇÃO À TEORIA DA JUSTIÇA

Waldir de Pinho Veloso¹
Elton Dias Xavier²

RESUMO

Há conceitos que se perpetuam e sequer exigem um raciocínio sobre suas origens, suas divisões, suas definições. Um deles, versa sobre a Justiça. Considerando, pois, que o tema da Teoria da Justiça é amplo por demais, necessário o redimensionamento, com uma redução dos largos conceitos a ponto de se enquadrarem dentro da proposta do presente artigo. Assim, este artigo científico se dispõe a analisar não a Teoria da Justiça como um todo, pois seriam necessários espaços para livro ou livros e, não, algumas páginas. A proposta é fazer uma iniciação, um apanhado mais amplo e menos detalhado quanto à Teoria da Justiça. E focar, dentro do possível, na divisão aristotélica de Justiça Distributiva e Justiça Comutativa. Para contextualizar e demonstrar a necessidade de tais estudos, próprios da Filosofia do Direito, há uma visão apropriada de alguns tópicos da Constituição, do Código de Defesa do Consumidor e de outras leis brasileiras. Uma demonstração de que o estudo é necessário. E, destarte, válido este artigo.

ABSTRACT

There are concepts that are perpetuated and even require a reasoning about its origins, its divisions, its definitions. One of them is about Justice. Whereas, the subject of Theory of Justice is wide too, a resizing is needed, with a reduction of the broad concepts about to fit within the purpose of this paper. Thus, this article is willing not to analyze the Theory of Justice as a whole, as subject would be needed to book or books, and not just a few pages. The proposal is to make an initiation, a wider and less detailed overview on the Theory of Justice. And focus, as far as possible, the Aristotelian

division of Distributive Justice and Commutative Justice. To contextualise and demonstrate the need for such studies, studies of Philosophy of Law, there is a proper view of some topics of the Constitution, of the Consumer Protection Code and other laws of Brazil. A demonstration that the study is necessary. And, then, valid this paper.

1 INTRODUÇÃO: O PORQUÊ DO TÍTULO

A proposta de escrever um capítulo sobre a “teoria da justiça”, focando, precipuamente, a denominada “justiça particular” em suas subdivisões “justiça comutativa” e “justiça distributiva”, fica tímida quando se tem pela frente um assunto tão envolvente. Especialmente na Língua Portuguesa, polissêmica por si só, o termo “justiça” tem mais de um significado. Logo, há necessidade de explicações.

Mas, as explicações não se cingirão aos aspectos linguísticos correlacionados ao significado da palavra “justiça”. A visão é sobre a imensidão do que se pode falar em um espaço próprio de um artigo científico. A questão é esta: somente um espaço reduzido para destrinçar um assunto que levou Hans Kelsen a escrever um livro, *O problema da justiça*, cuja tradução contém exatas 150 páginas somente de texto e cuja introdução italiana vertida para o Português, é descrita em outras 33 páginas – estas, somente para explicar a visão kelseniana sobre o tema, antes de adentrar-se propriamente nas palavras por ele legadas.

Para abranger uma variedade histórica sobre a evolução da Justiça, haveria necessidade de, começando pelo que existia em termos de conceito e preconceito, falar sobre o que era justo ou injusto na época de quase um milênio antes de Cristo.

¹ Mestre em Linguística pela Universidade Federal de Uberlândia. Bacharel e pós-graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professor de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Escritor, sendo autor de livros literários, de educação (Metodologia Científica e Língua Portuguesa) e de Direito. Membro da Academia Montes-Clarense de Letras.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutorando em Direito (segundo Doutorado). Professor dos Cursos de Doutorado e de Mestrado em Desenvolvimento Social na Universidade Estadual De Montes Claros (UNIMONTES). Professor Universitário. Jurista.

Depois, uma passada necessária pela presença dos sofistas, os quais, no século V antes de Cristo, impregnaram uma outra e evoluída visão sobre a maneira de se praticar a Justiça, conscientizando a população – até então totalmente oprimida – a participar, opinar e, por meio do conhecimento e raciocínio, evitar ser dominada e explorada.

Uma parada necessária para entender que Platão (427-347 a.C.) fez incursões sobre a necessidade da distribuição da Justiça. Também mereceriam livro inteiro as teorias de Justiça emitidas por Aristóteles, levadas ao público em torno no ano 350 a.C. Com ele, em verdade, houve o acesso a muitos dos conceitos sobre Justiça e, principalmente, passou-se a estudar o assunto com importância e profundidade.

A evolução pós-aristotélica seria uma oportunidade de passar pelo que Epicuro (341-271 a.C.) tocou no tema, o qual ganhou corpo com ares definitivos e “modernos”, com a presença de Cristo na terra. De fato, Jesus Cristo influenciou significativamente, ao contestar o estado das coisas praticadas no mundo de então. E uma grande importância também há que ser dada ao fato de que, sendo reunidos em livro – por São Jerônimo – os textos que falavam de Jesus – a Bíblia –, os seus pensamentos chegaram, posteriormente a todo o mundo, tendo seguidores a divulgar a sua doutrina em toda parte da terra de todos os tempos após a Boa-Nova.

Na era cristã, o primeiro grande vulto na concepção de justiça foi Santo Agostinho (354-430 depois de Cristo), segundo o qual deveria a Justiça ser conseguida ao distribuir, a cada um, o que lhe pertence. Ainda sobre a fortíssima influência do Direito romano, apareceu, no século V d.C., a Lei Aquília. Segundo tal lei, e que deu origem às legislações modernas e congêneres, havia e há culpa extracontratual que determina haver responsabilidade civil em diversas situações entre pessoas desconhecidas e que jamais se viram antes da obrigação se constituir, como no caso atual dos acidentes automobilísticos ou outros, cujos autores ou partes culpadas são chamadas a reparar danos que venham a causar perante pessoas com as quais nem mesmo contrataram. Desde a época de Aquília, há culpa *in eligendo* (má escolha), *in vigilando* (falta de fiscalização), *in non faciendo* ou *in omittendo* (negligência), *in faciendo* ou *in commitendo* (imprudência) ou *in custodiendo* (falta de cautela).

Outra figura ímpar no trato da Justiça foi Santo Tomás de Aquino (1225-1274), sendo o tema

retomado com detalhes por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Também merecedor de nota é David Hume (1711-1776) e, sem deixar de referir a Immanuel Kant (1724-1804), deve-se dedicar um detalhado estudo sobre as obras de Hegel (1770-1831).

Obviamente, com destaque para Kelsen – já referido como básico para o entendimento – e dos brasileiros, os quais trataram do tema “justiça” no interior de obras valiosas sobre o Direito. Destaque para a Escola de Recife e para a Escola Paulista de Direito.

Obviamente, também são dignas de notas livros vários sobre Teoria da Justiça. Por não ser o foco do presente artigo, haverá uma pausa, apenas para citar, em tempos mais modernos em comparação com Aristóteles, Platão e os sofistas, é que John Rawls é autor do imponente “Uma Teoria da Justiça”.

Sem dúvidas, haveria demais o que estudar.

Considerando, pois, que a pretensão é folhear as páginas da vida envolvendo o estudo da justiça distributiva e da justiça comutativa, deve-se deixar esta introdução apenas como uma notícia, uma nota sobre a existência de parte do assunto que, por questões didáticas, não poderá ser tratada no presente tópico.

Vem daí a oportunidade de não denominar o presente artigo pelo genérico título de “Teoria da Justiça”, o que justifica a denominação dada este estudo apenas como uma iniciação, uma introdução ao estudo em torno do tema “Justiça”.

2 OS SOFISTAS

Todo o conceito que se tinha de Justiça até o século V antes de Cristo foi relativizado por meio da participação dos sofistas. Estes amigos da sabedoria passaram a questionar o que praticavam os reis e seus mais ligados colaboradores. Entre os tais colaboradores, alguns famosos filósofos que viviam à custa dos palácios reais e eram pagos para pensar em favor da manutenção da realeza e do que esta anunciava como sendo justo.

Facilmente se mostra que foram dos sofistas as primeiras vozes em desfavor do que era anunciado como sendo a verdade absoluta, a Justiça qualificada, em redundância, de justa. Antes dos sofistas, o que era informado ao povo, desconhecedor de todas as letras, soava, sem dúvida, como imutável. E era esta a intenção dos impérios existentes.

“O mais célebre advogado da relatividade de valores foi Protágoras, e seu desafio filosófico a normas tradicionalmente aceitas baseava-se por sua vez em teorias relativas e subjetivas de ontologia e epistemologia”. Estas são palavras de Guthrie, conforme citação de Bittar e Almeida (2002, p. 61). Protágoras foi professor particular e orador de qualidades suficientes para que, nascido em 490 e falecido em 421 antes de Cristo, até hoje ser estudado.

Bom é que se lembre que, pelas proximidades dos quinhentos anos antes de Cristo, iniciou-se uma era de valorização da arte do discurso. Em praça pública, quem tinha capacidade de expor suas ideias era exatamente quem dominava as situações, era quem tinha condições de impor suas posições. Na verdade, é melhor falar que quem dominava a oratória acabava por dominar a Justiça, pois sabia se expressar de forma incomparavelmente superior a uma população desprovida de escolas, despreparada para o debate, desconhecadora de outras regiões geográficas e de outros costumes, incapaz de fazer comparações de estilo de ver e afirmar o que se poderia chamar de justo.

Neste cenário, os sofistas começaram a influenciar pessoas e suas escolas passaram a ser, mais do que suportes para a arte do discurso, criadoras da cidadania. E, principalmente, incentivadoras da visão do que poderia ser considerado justo e, não necessariamente, do que era apresentado como justo perante todos.

Novamente, portanto, deve-se lembrar que os sofistas anteciparam em muito a noção de justo e injusto. A divisão entre justo e injusto merece contínuo estudo, modernamente envolvida no campo das questões da Moral. Encontro e desencontro que, cerca de 25 séculos após, eram reconhecidos por Del Vecchio como o capital estudo a ser feito na Filosofia do Direito. Os sofistas foram, então, os primeiros que mostraram que as classes dominantes sempre impuseram perante os dominados o que pretendiam que fosse entendido como injusto. Ou, nas palavras de Carreiro ([197?], p. 173),

A sociedade, através de seus dirigentes, estabelece, em lei, aquilo que a classe dominante entende por injusto a seus próprios interesses e que se apresenta sob a forma de um mínimo exigível a todos os componentes do grupo, obrigando a todos sua observância, sob pena de ver desfeito o pretendido equilíbrio social.

3 OBJETOS E DEFINIÇÕES DE JUSTIÇA

O primeiro ponto a ser observado é que é o Direito o principal objeto da Justiça. A lei, comumente, é o veículo capaz para regular, dentro do caminho reto, do correto, do que não deixa desamparado quem se mostra desprotegido, tratando em condições iguais quem detém direitos iguais. Quando a lei não se mostra carregada de Justiça, é a lei que deve ser alterada. A lei é mutável, a Justiça é o ideal. A noção de Justiça é universal.

Obviamente, nem todos aceitam uma definição absoluta para o termo Justiça. Até mesmo porque vários autores equilibrados emitem seus conceitos e oferecem definições. Dabin (1944, p. 223) já afirmava que há mais dificuldade de pregar uma definição do que seja Justiça do que, por exemplo, o Direito Natural. A grande maioria das definições emitidas, porém, está em condições de ser declarada como das mais corretas. Afinal, um termo tão amplo deve permitir liberdade de expressão até mesmo quando se propõe a decifrá-lo.

Pode-se buscar pelas clássicas letras de De Plácido e Silva (1999, p. 466), para quem “justiça é o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei”. Também se pode buscar pelos ensinamentos de Reale (2000, p. 272), segundo o qual

O valor próprio do Direito é, pois, a *Justiça* – não entendida como simples relação extrínseca ou forma, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas sim como a unidade concreta desses atos, de modo a constituírem um *bem intersubjetivo* ou, melhor, o *bem comum*.

A *Justiça* que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica (REALE, 2000, p. 272).

Entre as clássicas definições para o termo, busca-se nas Institutas, de Justiniano, a célebre expressão que é admitida como quase uníssono: “Justiça é o propósito constante e contínuo de dar a cada um o que é seu”. Se não é um consenso, dele não está distante. Outra citação digna de ser citada é a conferida a Platão (1993, p. 9) que afirma ser Justiça “dizer a verdade e restituir aquilo que se tomou”. Quem não poderia estar ausente das citações é Santo Tomás de Aquino que,

qualificando a Justiça como um todo (não, unicamente a sua principal defesa, como se verá no item 3.2, seguinte) afirmou ser “o hábito pelo qual se dá, com uma vontade constante e perpétua, a cada um o seu direito” (*Suma teológica*, II, 58, 1, *apud* Mata Machado, 1975, p. 218).

Também há a opinião respeitável de Pound, como a seguir transcrito:

Justiça é a virtude individual ou idéia moral, ou regime de controle social, ou fim e objetivo do controle social e, portanto, da lei, ou relação ideal entre os homens, que se procura promover e manter, na sociedade civilizada, e em direção à qual orientamos o controle social, e a lei como forma de maior especialização desse controle (POUND, 1976, p. 2).

A Justiça, logo, é a busca do bem comum. E, em tal procura, cabe a cada indivíduo agir com respeito ao que é reto, direito, correto. Agindo assim, cada qual adquire e pratica as qualidades de justo.

O conceito de Justiça abrange o que de subjetivo e de objetivo pode ser observado na realização ou tentativa de realização do bem em favor de toda a sociedade.

3.1 Conceito Objetivo

O termo Justiça, quando empregado em sentido objetivo, representa a busca da ordem social desejada. Em Direito, o conceito objetivo é o mais utilizado, reservando-se o sentido subjetivo mais para os estudos da Filosofia pura.

Como se nota, em sentido objetivo é que aparece a significação de justiça nos melhores textos da doutrina jurídica. E, também assim, Nunes (1979, p. 555) a define como

Conformidade com o direito. Equilíbrio que a moral e a razão estabelecem entre o direito e o dever. Determinação do espírito, fundada na razão e na consciência, para que se dê a cada um com absoluta imparcialidade, quanto de direito lhe cabe ou lhe é devido. Realização consubstanciada e integral do direito. Virtude inata, aperfeiçoada pelas convenções humanas, de reconhecer e respeitar o direito alheio.

3.2 Conceito Subjetivo

O sentido subjetivo de Justiça é amplamente usado nas obras de Santo Tomás de Aquino e tem

o sentido de uma virtude humana, mais ligada à personalidade, à individualidade, a busca da realização pessoal antes da convivência social.

De fato, as obras deixadas por Santo Tomás de Aquino mostram que o que ele entendia por Justiça seria em dar o que é devido a outrem – e, como se nota, é mais qualidade de quem quer viver bem consigo mesmo antes mesmo de procurar o bem da coletividade. Também Santo Tomás afirma que o objeto da Justiça é a proteção dos bens individuais. Nesta acepção, a Justiça tem a qualidade de particular e se divide em comutativa e distributiva, conforme se trate de coordenar as relações entre particulares entre si ou das coletividades frente aos particulares.

A perfeição de uma pessoa é a síntese do conceito subjetivo de Justiça. Quando se diz que uma pessoa é justa, a emissão da opinião tem ligação com a qualidade intrínseca de tal pessoa.

Considerando que o sentido subjetivo para o conceito de Justiça visa principalmente, por meio da ação individual, a condição da igualdade entre as pessoas, dá para exemplificar, nos tempos atuais, o conteúdo do disposto no *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988.

Também foi no sentido subjetivo que Aristóteles classificou a Justiça. E, como se verá no próximo item, foi com Aristóteles que se iniciou a divisão de Justiça em distributiva e comutativa, objeto central do estudo deste artigo.

Com o tempo, porém, o sentido objetivo passou a dominar os que lidam o Direito, ao serem emitidos os conceitos de Justiça.

4 ARISTÓTELES

Ao abrir a definição para o verbete “Justiça Distributiva e Justiça Comutativa”, Soibelman (1981, p. 213), assim diz: “Aristóteles é o autor desta famosa distinção que acompanha toda a filosofia jurídica do Ocidente de forma imperecível”. De fato, Aristóteles (384-322 a.C.), foi o primeiro a escrever sobre tal divisão para o que denominou de Justiça particular, que coexiste ao lado da Justiça geral.

Por não ser parte do cerne do presente artigo, vale uma incursão sobre o conceito de Justiça geral, pelos ensinamentos da teoria de Aristóteles. Ele a denominou, também, Justiça social, e o seu objeto é o bem comum, como reunião da totalidade das virtudes humanas, para a realização da sociedade com um todo em um ambiente equitativo e honesto.

A distinção que Aristóteles fez de Justiça particular em Justiça Comutativa e Justiça Distributiva é o motivo principal da existência desta parte do presente estudo. Antes de passar a esta subdivisão – e é subdivisão porque, primeiramente, Aristóteles dividiu a Justiça em geral e particular – deve-se reservar espaço para lembrar que ele ligou o tema *justiça* a outros que descreveu com habilidade rara. Política, retórica, ética, física e metafísica, poética e lógica, como exemplos, fazem parte dos textos que Aristóteles versou com estreita familiaridade, em comparação com a divisão e subdivisão que se propôs a fazer. E não se tratava de um capítulo ou um livro: dentre os temas, há vários que são descritos em muitos tomos. Por isso, e pela qualidade das ideias, é sempre referência.

5 JUSTIÇA COMUTATIVA

O que é comutativo significa que transita por uma via de mão dupla, na qual o ir e vir têm equiparação. É referente à troca, à alternativa. Equivale a dizer que o Magistrado, para ser justo, deve fazer chegar a cada um dos litigantes o que lhe pertence, em quantidade e qualidade o mais próximo da realidade.

Uma definição do termo, já no atual tempo, é o que se segue:

A justiça comutativa prescinde do valor pessoal para só levar em conta as coisas, ações ou serviços, a fim de que haja uma equivalência entre o dado e o recebido, na base de um critério de igualdade, e esta espécie de justiça é chamada de justiça equiparadora, retificadora, corretiva ou sinalagmática, e foi por ele comparada a uma proporção aritmética. Ao juiz cabe fazer com que prevaleça a igualdade na distribuição dos bens quando rompido o equilíbrio social, porque é desejável uma paridade entre pessoas ligadas juridicamente. Intervindo o juiz, haveria então, como diz Del Vecchio, a justiça judicial (SOIBELMAN, 1981, p. 213).

Já que o autor se referiu a Del Vecchio, cabe frisar que no livro *Lições de filosofia do direito* (1951, p. 48) o grande jusfilósofo ensina que a Justiça Comutativa guarda pertinência com as trocas, as permutas, e tem como fito a igualdade das relações entre as pessoas em suas particularidades. Justiça Comutativa, segundo Del Vecchio, é dar a um particular o que lhe pertence. Por tal conceito, é a Justiça que recebe os nomes

de corretiva, sinalagmática, retificadora ou equiparadora.

Ao subdividir a Justiça particular em distributiva e comutativa, Aristóteles definiu que a última cabe ao Juiz, como intermediário nas relações entre os cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário.

5.1 Justiça Comutativa na Interpretação dos Contratos

A parte prática do entendimento da divisão da Justiça particular em Comutativa e Distributiva ganha força quando se analisa a necessidade da interferência do Estado-Juiz na realização, na manutenção e na revisão dos contratos celebrados entre as partes. Foi dito que a Justiça Comutativa visa a igualdade entre partes que têm compromissos recíprocos. É o típico caso dos contratos bilaterais, ainda que de adesão.

Para que tais contratos sejam mantidos em suas condições originais, há, não somente “às vezes”, mas quase sempre, a interferência do Poder Judiciário, por provocação, iniciativa, de uma das partes.

Para celebração de um contrato há duas “leis” a serem valorizadas. A primeira é a norma jurídica propriamente dita, ainda que em forma de princípios gerais do Direito (jamais se esquecer das cláusulas insertas e inerentes a todo contrato, autorizadas pelos princípios gerais do direito, como *pacta sunt servanda*, ou *rebus sic stantibus*, ou *exceptio non adimpleti contractus* e muitas outras, e que são de cumprimento obrigatório). Em segundo lugar, a afirmação de que “um contrato é lei entre as partes”, um conceito vetusto e enraizado no Direito, advindo dos enciclopedistas que iluminaram o pensamento mundial nas proximidades anteriores à Revolução Francesa, e sendo uma frase atribuída a Carnelutti.

Apesar de uma das leis ser pública e a outra ser a que deveria ser a exata vontade das partes contratantes, sabe-se que, em muitas vezes, um dos signatários de um pacto não tem condições – diversas – para impor condições. São questões relacionadas à vulnerabilidade, à hipossuficiência e, simplesmente, ao desconhecimento da lei ou mesmo a falta de habilidade na interpretação das expressões e noções básicas do vernáculo. Assim, os deveres assumidos contratualmente podem ser revistos pelo Poder Judiciário, em dependendo das circunstâncias em que foram assinados, em que são cumpridos ou mesmo da variabilidade das

condições entre a assinatura e o cumprimento do comprometido. E, neste momento, a aplicação do Direito, por parte do Poder Judiciário, dá-se pelo conceito que se tem de “Justiça Comutativa”.

A função social do contrato começou a ganhar corpo no Brasil com a edição da Lei 8.078, de 11-9-1990, o Código de Defesa do Consumidor. Com a edição da Lei 10.406, de 10-1-2002, o novo Código Civil foi editado. Neste, principalmente nos artigos 421 a 875 e no artigo 2.035, há a clara definição da “função social do contrato”. Assim, há obrigação contida em cada contrato celebrado, ainda que as próprias partes não se dignem de expressamente o contratar, de que as obrigações contratuais são recíprocas.

De fato, ao ser celebrada uma avença, nem mesmo é necessária a expressa declaração da boa-fé contratual, pois esta chega até mesmo a colocar freios à vontade particular de quem quiser se impor sobre a outra parte. Parte mais forte tem força igual à parte mais fraca somada aos princípios da boa-fé e da comutatividade contratual.

O Código de Defesa do Consumidor merece nova citação. O artigo 51 de tal Código considera nulas, de pleno direito, todas as cláusulas iníquas, capazes de operar desequilíbrio contratual, abusivas, que coloquem uma das partes em posição preponderante, e diversas outras relacionadas em uma legislação considerada *numerus apertus*, uma vez que autoriza a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça a completar, por meio de Portarias, o elenco dos direitos do consumidor.

A propósito, sobre o Código de Defesa do Consumidor, há dois pontos a serem acrescidos. O primeiro é que a hermenêutica teria a recomendar que, para o seu estudo e interpretação de forma correta, necessáriíssima se faz uma compreensão de Filosofia do Direito. Não há como entender, perfeitamente, conceitos como vulnerabilidade e hipossuficiência, além de ética, moral e teoria da imprevisão a autorizar uma revisão contratual, sem o domínio dos temas tratados pela Filosofia do Direito.

O segundo ponto é quanto ao entendimento maior de que há um fim social mais valioso do que a pretensa vontade das partes. Principalmente, sobre a alegada vontade da parte hipossuficiente. Cabe ao Poder Judiciário, ao aplicar a Justiça Comutativa aristotélica, equilibrar as forças, ainda que com aplicação de Princípios Gerais do Direito, além da autorização legal contida, principalmente, nos artigos 6.º, 28, 39, 47 e 51 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Ainda sobre a questão da função social que está reservada ao contrato, deve-se dizer que as normas em prol da sociedade são mais imponentes do que a vontade unilateral dos contratantes. Em tal sentido, é doutrina de Mello (2002), quando assim expõe:

O Estado, como legislador e como juiz, passou a exercer a vigilância sobre a liberdade, ora estatuidando normas imperativas e programáticas de política econômica, tendentes a tornar mais igualitário o exercício da liberdade contratual entre as partes, ora retirando das avenças concretas a validade, escorado na idéia de exercício anormal ou abusivo da liberdade de contratar. [...] A nova visão do contrato não admite o vínculo dissociado do binômio causalidade-finalidade, que conduz toda interpretação de sua extensão no sentido da investigação da ligação entre a ‘necessidade econômica correspondente à prestação que se efetiva e a utilidade que se visa colher da prestação a receber’. E a lei e o contrato não esgotam todas as regras capazes de garantir e justificar a totalidade das condutas que levam as partes a alcançarem o fim econômico-social perseguido pela economia contratual.

Há, sem dúvidas e segundo a nova teoria, a anulabilidade do contrato quando fere a sua função social. A isonomia de tratamento das partes, mesmo em desacordo com o que se encontra escrito no contrato é a função mais moderna do Poder Judiciário brasileiro, seguindo que está a tendência mundial. E cada vez mais a Justiça Comutativa, conceituada, pregada e divulgada por e a partir de Aristóteles ganha força e faz escola perante a nova filosofia de trabalho da Magistratura brasileira.

O que se nota, destarte, é que há uma limitação ao poder de contratar, frente à autorizada aplicação da Justiça Comutativa, pelo Magistrado, como regulador externo da vontade inserida ou não nos contratos. Os princípios da boa-fé, da razoabilidade, da equidade, e, dentro do tema, da comutatividade, estão mais em vigor do que em tempos que intermedeiam as suas criações e a atualidade.

5.2 Justiça Comutativa e a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado

Outra forma da aplicação da Justiça particular comutativa é a *sociabilização* da

responsabilidade estatal pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causam a terceiros.

O povo, no pleno exercício do poder, por meio de seus representantes eleitos de forma direta, ao participar da proteção aos seus direitos e garantias individuais, também recebe a responsabilidade pelos encargos. Assim, quando o direito de um cidadão é garantido pelo Estado, o encargo correspondente é socializado, ou seja, suportado por toda a sociedade. É a aplicação da Justiça Comutativa.

A Constituição Federal, ao estatuir no parágrafo 6.º do artigo 37 que o Estado se responsabiliza, de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem aos terceiros, está, automaticamente, distribuindo de forma igual para a sociedade o gasto que este Estado tiver para fazer a reparação prometida. Como nota importante, vale citar que responsabilidade objetiva do Estado é a indicadora de que o cidadão lesado não tem necessidade de fazer prova que e como o Estado agiu com dolo ou culpa, e sim, somente tendo que demonstrar dano e o nexos causal envolvendo o dano e o agente ligado ao Estado.

Somente há uma Justiça verdadeiramente Comutativa porque os cidadãos assistidos, os que recebem serviços e produtos diretamente do Estado, assumem também responsabilidade pelos eventuais prejuízos advindos do exercício das atividades estatais. A mão dupla da comutatividade se estabelece quando o Estado é responsabilizado a indenizar a outrem, e, em tal momento, o cidadão em referência – o citado como credor de uma indenização estatal – também tem sua parcela de responsabilidade.

6 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

De acordo com Aristóteles, ao criar a Teoria da Justiça (a divisão entre Justiça Geral e Particular e ao subdividir esta em Comutativa e Distributiva), a Justiça Distributiva é a parte que cabe ao legislador para que seja entregue a cada segundo as suas conquistas. Na Teoria Geral sobre o tema, a parte da Justiça particular denominada Justiça Distributiva é a que determina que entre os particulares – não entra a relação com o Estado – deve haver a justa distribuição do que, a eles, for comum, no processo de criação das leis.

Pelas explicações de Aristóteles, o Estado tem o dever de distribuir a jurisdição “na medida da necessidade dos homens e cidadãos, quando invocado”. Ainda são seus os ensinamentos de que

a Justiça Distributiva poderia levar também o nome de proporcional, e seria a que respeita o valor das pessoas jurisdicionadas. Assim sendo, seria Justiça Distributiva a contida na lei que prevê o tratamento diferenciado entre as funções (como as especificações da Lei 8.112, de 11-12-1990 e tantas outras que cuidam da conceituação e criação de categorias, classes, cargos e funções entre servidores). Também exemplos são quando a lei é criada para tratar desigualmente os desiguais em relação aos seus bens (exemplos: Constituição Federal, artigo 3.º, inciso III, art. 153, inciso VIII; art. 153, § 4.º; art. 156, § 1.º; art. 170, inciso IX e art. 183, § 4.º).

Merece parágrafo distinto o artigo 194 da Constituição Federal. Pela primeira vez, em nível constitucional, a qualidade de Justiça Distributiva é colocada em evidência. Após qualificar o que é seguridade social, o legislador constitucional faz inserir, no inciso III, o próprio termo ora em estudo, ao afirmar que “seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços” são objetivos de tal instituto. A Teoria da Justiça aristotélica indica que a repartição equitativa dos riscos da Seguridade Social recai sobre todos os participantes do Programa. Porém, cada qual com a correspondência pela contribuição possível, em função do salário que percebe. De tal condição se extrai a possibilidade de que sejam cobradas alíquotas diferenciadas para quem percebe um salário mínimo mensal, de quem contribui como autônomo ou mesmo não enquadrado em uma profissão formal (estudante, por exemplo) e, de outro flanco, um percentual maior de quem percebe valores próximos ou no teto salarial. Exatamente igual ao Imposto de Renda, que prevê isenção para quem recebe mensalmente um valor básico e cobra alíquotas diferenciadas – e elevadas – para quem vai, gradativamente, subindo a escada salarial.

Também se enquadra no conceito de Justiça Distributiva a lei que destina tratamento diferenciado em função de eventuais honrarias entre classes ou pessoas.

Há a seguinte definição sobre o assunto:

Diz-se da que resulta da aplicação indistinta, mas proporcional, conveniente e adequada nas leis, em obediência ao princípio de Aristóteles, que assegura a igualdade de todos perante os seus mandamentos. O mesmo que justiça social (NUNES, 1979, p. 555).

As regras jurídicas, portanto, devem ser criadas de forma a respeitar o conceito objetivo de Direito, segundo o qual a lei nasce para fazer a distribuição equitativa de valores a todos os integrantes da sociedade jurisdicionada. Uma lei, em princípio, não deve ser feita para atender à particularidade. Deve-se levar em conta, no mínimo, uma classe, pela totalidade de seus integrantes (exemplo: uma lei regulamentando uma profissão diferenciada, como a do atleta de futebol profissional, a do representante comercial; ou uma lei permitindo que qualquer cidadão tenha acesso, sem pagamento de custas, ao registro de nascimento, de casamento ou óbito).

Outra condição para que o conceito de Justiça Distributiva entre em cena é o que se nota na legislação sobre o Sistema Financeiro da Habitação ou a cobrança de tributos especiais sobre, por exemplo, automóveis movidos a álcool. É uma desigualdade autorizada por lei. Paralelamente ao álcool como combustível, podem-se citar exemplos de leis que permitem diferenças entre cobrança e isenção de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) em função do tamanho da construção ou a existência de passeio público, como exemplos. Quanto ao Sistema Financeiro da Habitação, as faixas de valores de empréstimos influenciam no prazo contratual, tal como são motivos autorizadores de alteração de taxas de juros. O mesmo quanto à condição de essencial em contradição com condição supérflua da habitação, e, ainda, o fato de o financiamento se destinar a imóvel residencial (taxas menores) ou comercial (taxas maiores).

Inserir-se no conceito de Justiça Distributiva o já consagrado princípio de que Justiça é tratar, desigualmente, os desiguais, dentro da proporção das desigualdades, como deixou como lições ninguém menos do Aristóteles, mas que muitos creditam a Rui Barbosa, porque em *Oração aos moços*, houve ampla divulgação. Princípio que a atual Constituição se acha impregnada, sob a denominação doutrinária de “princípio da isonomia real” (além dos exemplos já citados, reforça-se com a indicação dos tratamentos diferenciados destinados às mulheres, às crianças, aos idosos e muitas outras prescrições da Carta da República de 1988).

Como elenco maior da Justiça Distributiva, a Constituição deve ser lembrada, mais uma vez, para dizer que no *caput* e em grande parte do que se contém no artigo 5.º, conforme já referido, faz parte da Justiça Comutativa. Mas, quando o próprio

artigo 5.º traz tratamento especial, ainda que em ordem programática, para determinadas pessoas ou grupos, estão presentes os princípios da Justiça Distributiva. No texto do artigo em debate são considerados integrantes da Justiça Distributiva os seguintes:

- as “qualificações profissionais que a lei estabelecer” (inciso XIII), para deixar de permitir o exercício profissional a qualquer (mesmo) pessoa (não permitindo, por exemplo, que pessoas não graduadas em Direito sejam Advogados, Juizes, Procuradores ou Promotores);
- a “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social”, do inciso XXXIV, como exceção ao contido no inciso XXII;
- a defesa e o direito do consumidor (inciso XXXII);
- a cobrança de custas judiciais e ônus sucumbenciais, em relação ao cidadão que agir com má-fé em ação popular, originariamente isenta de tais despesas (inciso LXXIII);
- a garantia estatal de “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (LXXIV);
- a emissão de certidão de óbito e de nascimento (quando se trata do assento e da primeira via, a gratuidade é universal, para todos, independentemente do poder financeiro) “para os reconhecidamente pobres” (inciso LXXVI), de forma não onerosa, por parte dos Serviços de Registro (Cartórios).

Obviamente, quando se está a falar em “desigualdade”, leva-se em consideração que esta distinção é em relação a integrantes de outras categorias, mas deverá haver igualdade de tratamento para quem se encontra no mesmo grupo. Por exemplo, todas as pessoas “reconhecidamente pobres”, têm o direito ao tratamento igual entre elas, mas diferente dos “não reconhecidamente pobres”, quando se quer requerer uma segunda via (ou seja, qualquer uma via depois da primeira, que se fornece juntamente com o ato do registro, do assento) quanto às certidões de nascimento e de óbito.

O último tópico é para referir que os dizeres aristotélicos, tão presentes na Constituição brasileira de 1988, são os mesmos que integram o princípio geral *suum cuique tribuere*, do Direito Romano,

já tratado alhures, sob comentário de Hans Kelsen (1998, p. 18).

REFERÊNCIAS

BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Ave-Maria, [19__].

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 dez. 1973.

Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990, edição extra.

Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 dez. 1990.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CARREIRO, Carlos H. Porto. *Notas sobre filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Alba, [1970?].

DABIN, Jean. *Théorie générale du Droit*. Bruxelas: Émile Bruylant, 1944.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *A matter of principle*.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *Grundlinien der Philosophie der Rechts*.

HOBBS, Thomas. *O leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000. Título original: *Critic der reiner bernunft*.

KÉLSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Das problem der Gerechtigkeit*.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Reine rechtslehre*.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

LÖWY, Michael. *Ideologia e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 12 ed. São Paulo: Cortez, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Ed. Síntese, n.º 16, mar./abr. 2002.

MONDIN, Batista. *Introdução à filosofia*. Tradução de J. Renar. 11. ed. São Paulo: Paulus, 2000.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

PLATÃO. *A república*: livro I. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1977.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Fundamentos do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Tradução de Hílton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

***ARTIGOS DO
CORPO DISCENTE***

A MULHER COMO SUJEITO ATIVO NO CRIME DE ESTUPRO E O ABORTO SENTIMENTAL

Ana Paula Cardoso¹

RESUMO

O cenário dos crimes contra a dignidade sexual no Brasil sofreu uma grande modificação recentemente com o advento da Lei 12.015, de 2009. Este artigo visa analisar especificamente a mudança referente à tipificação do crime de estupro, podendo a mulher figurar como polo ativo e a possibilidade do aborto humanitário nessa hipótese. Ao final, deve ficar clara a necessidade de adequação de alguns dispositivos legais e do próprio pensamento social quanto à realidade atual em que se vive neste Estado no que concerne à violência sexual.

Palavras-chave: Estupro, Lei 12.015/09, Mulher como sujeito ativo, Aborto Humanitário, Efeitos Psicológicos.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro vigente, foi instituído pelo Decreto-Lei 2.848, de 1940. Em função das alterações sociais pelas quais o Estado passa, inúmeras modificações foram feitas neste Código desde que foi decretado. Dentre tantas alterações, serão expostas aqui as inseridas pela Lei 12.015/09, delineando os avanços e as lacunas trazidas por esta Lei.

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, é um dos catorze Projetos de Lei que procederam da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia (CPI da Pedofilia). Como consta do relatório final desta CPI, foi criada “com o objetivo de investigar e apurar a utilização da Internet para a prática de crimes de ‘pedofilia’, bem como a relação desses crimes com o crime organizado.” (BRASIL, 2015). Entretanto, as alterações que decorreram desta CPI e, mais especificamente, da Lei 12.015/09, não se restringiram apenas ao cenário da pedofilia em si.

A referida Lei veio com intuito de realizar uma série de alterações no ordenamento, não apenas no Código Penal. As inovações abrangeram: (i) o Título VI da Parte Especial do Decreto Lei 2.848; (ii) o artigo 1.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, a chamada Lei dos Crimes Hediondos; e (iii) revogação da Lei 2.252, de 1.º de julho de 1954, que tratava da corrupção de menores. Destas alterações, serão aqui exploradas as referentes ao Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro e as suas implicações.

A princípio, o referido Título era nomeado “Dos crimes contra os costumes”, passando a ser tratado por “Dos crimes contra a dignidade sexual” com o advento da Lei 12.015. Em uma leitura rápida, pode parecer que a alteração dessa nomenclatura não tem nenhuma implicação prática. Análise profunda, porém, mostra outro ângulo.

Nelson Hungria (*apud* NUCCI, 2007, p. 937) explicita o conceito da palavra *costume* no presente contexto como “hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais.”. Como Hungria apresenta, de forma clara, a norma visava tutelar a vida sexual, que se trata da intimidade do indivíduo, de maneira coerente com a visão social.

Entretanto, atualmente tem-se uma visão menos conservadora quando se trata de relações sexuais. Da criação do Código Penal brasileiro, em 1940, para os dias de hoje, houve uma grande evolução do pensamento social quanto à sexualidade. Exemplo disso é a Resolução 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que reconhece o casamento homoafetivo. Tem-se, também, uma ampliação do conceito de família, que hoje não decorre apenas do matrimônio entre homem e mulher, como leciona Dias (2009, p. 34), “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.”.

¹ Acadêmica do Sexto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Essas são exemplos de mudanças afetam a visão da sociedade sobre a sexualidade de maneira direta. Em decorrência dessas evoluções, a vida sexual dos indivíduos adquiriu mais liberdade, perdendo o paradigma da visão coletiva.

Destarte, a alteração do Título VI da Parte Geral do Código Penal brasileiro de 1940, veio justamente trazer o foco da tutela para os crimes contra a *dignidade* sexual, de forma que cada indivíduo tenha a possibilidade de conduzir sua vida íntima dentro da sua conveniência, desde que com o exercício de sua liberdade não esteja ferindo a dignidade de outrem.

A dignidade sexual é uma vertente da dignidade da pessoa humana, sendo possível apreender, então, que se trata de fundamento da Constituição Federal de 1988, trazido em seu artigo 1.º, inciso III.

A nomenclatura dada ao Título VI da Parte Geral do Código Penal, aqui estudado, não foi a única alteração de grande relevância trazida pela Lei 12.015/09. Já no Capítulo I, Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, surgiu uma grande inovação que deu origem a uma série de artigos e estudos desenvolvidos por grandes juristas, como será exposto ao longo deste estudo. Esta inovação trata da junção de dois tipos penais em um único.

Antes da redação dada pela Lei 12.015/09, havia previsão de um crime para o Estupro, no artigo 213, e previsão de outro crime para o Atentado Violento ao Pudor, no artigo 214, ambos do Código Penal. A redação era a seguinte:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.
Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.
Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Com as alterações insertas pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2015, o Código Penal passou a ser assim redigido:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1.º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2.º Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Na redação vigente, o artigo 214 foi formalmente revogado e o seu conteúdo foi realocado para o artigo 213. Vale ressaltar que se trata de uma continuidade normativo-típica e não de *abolitio criminis* (abolição do crime). Isso significa que a conduta antes nomeada de “atentado violento ao pudor” não deixou de ser crime: continua sendo fato típico. Entretanto, regulado como uma das formas de consumação do estupro.

Tem-se, então, em vigor o preceito primário do artigo 213, *caput*, da seguinte maneira, conforme já transcrito: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, mantida a mesma pena, reclusão de seis a dez anos.

A maior relevância da mutação referente a esses artigos para o estudo em tela é a figura da mulher no crime de estupro. Com a antiga redação supracitada, tinha-se um crime bipróprio, isto é, crime próprio tanto no que tange ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo. No caso, somente o homem era o agente ativo do crime de estupro; e somente a mulher era o sujeito passivo, a vítima. Crime próprio é aquele em que a tipificação penal requer uma característica específica do autor ou da vítima, só podendo ser cometido ou ter por vítima determinadas pessoas. Razão porque, ainda segundo as regras jurídicas da época, ensinava-se que “o sujeito ativo só pode ser o homem, tendo em vista que o sujeito passivo é apenas a mulher.” (NUCCI, 2007, p. 819). Por sua vez, o atentado violento ao pudor configurava crime comum, podendo figurar tanto como sujeito ativo quanto como sujeito passivo qualquer pessoa.

Com a nova redação, o crime deixou de ser bipróprio e passou a ser crime bicomum. Configura crime de estupro a situação em que uma mulher violenta outra, sexualmente, bem como a situação em que um homem violenta outro. E, também, a hipótese de maior relevância para o presente estudo, que é reconhecida como estupro, e é a violência sexual de autoria feminina contra sujeito passivo do sexo masculino.

2 O CRIME DE ESTUPRO E A REALIDADE NO BRASIL

Com o crime de estupro presente na atual tipificação do Decreto-Lei 2.848, tem-se agora um crime comum, situação em que qualquer pessoa, independentemente do sexo ou da orientação sexual, pode figurar como sujeito ativo e/ou como sujeito passivo. Nesse sentido:

Mencione-se que, com o advento da Lei n. 12.015/2009, a mulher tanto poderá ser coautora e partícipe do crime de estupro como também autora, em virtude de o tipo penal, a partir de agora, abranger os atos libidinosos diversos da conjunção carnal (CAPEZ, 2014, p. 33).

Greco também vem se posicionar a respeito do tema, dizendo que:

Não exige mais a lei penal, para fins de caracterização do estupro, que a conduta do agente seja dirigida contra uma mulher. No entanto, esse constrangimento pode ser dirigido finalisticamente à prática da conjunção carnal, vale dizer, a relação sexual normal, o coito vagínico, que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher (GRECO, 2014, p. 466).

Ambos os autores demonstram que a figuração da mulher como sujeito ativo no crime de estupro se dá pelo fato de “outros atos libidinosos” terem sido acrescentados como modalidades alternativas de consumação do crime. Essa interpretação transmite o entendimento de que a mulher apenas figura como agente na modalidade de “outros atos libidinosos”, ou o que antes era definido como atentado violento ao pudor. Desta forma, não há que se falar na mulher como autora de estupro na modalidade de conjunção carnal.

À parte isso, não fica prejudicada a possibilidade de autoria da mulher no estupro. Mesmo com essa previsão legal, não é comum que se depreenda com a mulher no polo ativo deste ilícito penal.

2.1 A Vitimização da Mulher

O cenário social ainda enquadra a figura feminina como a grande vítima deste crime, trazendo assim a criação de outros mecanismos de tutela dos interesses da mulher que sofre tal ação. Conforme estudo feito pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) no ano de 2011,

aproximadamente 7% dos casos de estupro geram gravidez. Ainda neste estudo, é interessante salientar que, em 2011, 89% das vítimas foram do sexo feminino (BENEVIDES, 2015). Isso demonstra, numa análise inversa, a de que 11% dos estupro ocorreram com homens no polo passivo, uma porcentagem de relevante consideração.

Nas doutrinas e artigos, podem ser encontradas, com facilidade, exposições sobre as consequências emocionais que o fato de ser vítima de um estupro podem causar a uma mulher. A título de exemplo, Rogério Greco apresenta o seguinte:

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina *cifra negra* (GRECO, 2014, p. 467).

Essa “vitimização” da figura feminina não está incorreta, haja vista o quão vil é o delito aqui tratado. Entretanto, o homem também pode sofrer danos emocionais com o estupro e é extremamente raro encontrar menção a este fato.

É muito recente a figuração do homem como vítima do estupro, e isso é apenas um pequeno reflexo da sociedade atual, que sempre foi de uma cultura predominantemente machista e que traz, em si, o pensamento de que não se poderia delegar ao homem o papel de vítima sexual. Entretanto, assim como a mulher se sente envergonhada de denunciar o crime pela discriminação que poderá sofrer, o homem poderia ser ridicularizado ao se queixar de ter sido vítima de violência sexual, tanto por autoria de um homem quanto de autoria de uma mulher, podendo ser até mais vexatória essa segunda situação.

2.2 O Homem Enquanto Vítima

Apesar de acontecer de forma tímida, estudiosos da área da saúde vêm desenvolvendo pesquisas no tocante a homens vítimas de violência sexual. Em diversos países, existem clínicas especializadas no atendimento de mulheres vítimas

de abuso sexual. Um exemplo, no Brasil, é o Núcleo de Atenção Integral à Mulher em Situação de Violência Sexual (AVS), no Hospital Pérola Byington, localizado na cidade de São Paulo.

No tocante ao sexo masculino, a partir de outubro de 2015, inicia-se o funcionamento da primeira clínica do mundo, localizado na Suécia, voltada ao atendimento de homens vítimas de violência sexual. A clínica será ligada ao South General Hospital e, conforme matéria publicada pela emissora RT e traduzida para o Huffpost Brasil (SUÉCIA, 2015), a finalidade da instituição é de “assegurar igualdade de gênero nos cuidados às vítimas de estupro.”

Em diversas pesquisas dirigidas por estudiosos da área, é comum a afirmação que os efeitos traumáticos das experiências de violência sexual podem ser muito mais danosos às vítimas do sexo masculino. O Psicólogo David Lisak dirigiu um estudo na Universidade de Massachusetts sobre as vítimas de estupro, e de acordo com os pesquisadores deste estudo “a violência e o trauma de um abuso sexual são intensos para os dois sexos, mas pode ser mais difícil para os homens se recuperar.” (VÍTIMAS, 2015).

Essa dificuldade em lidar com o trauma é causada por diversos fatores, além daqueles que são comuns aos dois gêneros, como o medo do julgamento social. A princípio, o homem tem mais dificuldade de denunciar a violência e até mesmo de procurar ajuda, seja de um profissional da área da saúde ou de alguém próximo. Isso se dá pela maneira como a sociedade foi originada, com organização patriarcal desde os primórdios da humanidade, atribuindo ao homem um papel de domínio nas relações, incluindo as relações sexuais.

Quando subjulgado, o homem sente-se envergonhado e pode passar por uma crise de identidade, o que em sua mente seria agravado ao contar a outrem o que ocorreu. Elizabeth Saweyc, Professora de Enfermagem da University of British Columbia, explica:

Muitas das nossas histórias colocam os homens no comando da sexualidade. Quando acontece um abuso, esta posição, definida socialmente, é rompida. Não é apenas a violação dos limites e da autonomia pessoal, não só o direito de privacidade do garoto que está em jogo. O ato também contradiz seu senso de masculinidade (VÍTIMAS, 2015).

Neste mesmo sentido se pronunciou Inger

Björklund, o representante do South General Hospital, onde foi fundada a primeira clínica voltada para o tratamento de vítimas masculinas, mencionado acima, dizendo que “há mitos sobre a masculinidade que tornam mais difícil, para homens que foram abusados sexualmente, falar sobre suas experiências.” (SUÉCIA, 2015).

Ainda na matéria divulgada pela Hype Science, encontra-se uma explicitação de que os traumas da violência sexual não se dão apenas nas mulheres, mas também nos homens que passam por esta situação:

Além da dor, da confusão, da vergonha e do trauma, às vezes os jovens são acometidos por sentimento de raiva. Vítimas dos dois sexos têm altas chances de sofrer de doenças psiquiátricas como ansiedade e depressão. Além disso, o preconceito que sofrem os faz calar sobre o abuso sexual.

O que há de se questionar aqui é o porquê do tratamento diferenciado que a sociedade e o próprio ordenamento jurídico conferem aos homens e às mulheres que sofrem abuso sexual. Não deveria haver essa distinção sendo que, como já foi exposto, ambos sofrem com a violência sexual, sendo possível ainda afirmar que o homem pode vir a sofrer de maneira mais danosa.

3 ABORTO EM GESTAÇÃO RESULTANTE DE VIOLÊNCIA SEXUAL

Assim como na maioria dos países, no Brasil as mudanças vêm ocorrendo de forma gradativa. Recentemente, no ano de 2013, foi redigida a Lei 12.845, que veio amparar, sem distinção de gênero ou idade, as vítimas do crime em tela. Essa Lei prescreve que “os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar.” A Lei ainda explica que esse amparo visa controlar e tratar os “agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social”, conforme o seu artigo primeiro. Salienta-se que a tutela é quanto à saúde *das vítimas*, e não apenas da “mulher vítima”.

Outro dispositivo legal que visa reduzir as consequências traumáticas do estupro se encontra no próprio Código Penal, em seu artigo 128, inciso II, conforme transcrito:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Porém, com o atual conceito de estupro há aspectos que devem ser discutidos neste dispositivo.

3.1 Mulher no Sujeito Passivo do Estupro

Consoante o exposto acima, a legislação prevê a impunibilidade do aborto quando a gravidez resulta de estupro. Entretanto, essa previsão claramente visa tutelar a situação emocional da mulher que tenha sido violentada. Nucci (2011, p. 658) leciona que “em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente.”, de forma a deixar extremamente claro que o aborto humanitário, como é nomeado, não encontra respaldo legal sendo a mulher autora do estupro.

Não há que se questionar a legitimidade do comando legal, pois, conforme salientado anteriormente, a mulher deve, sim, receber todo amparo após ter passado por tal experiência traumática. Destarte, o Estado não podendo evitar o ato ilícito, deve minimizar suas consequências danosas.

Em entrevista à Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo (A Pública), uma vítima de estupro na cidade de São Paulo ofereceu seu relato:

Nenhuma outra opção além de não ter aquele filho tranquilizava “A”. Era totalmente diferente de quando se descobriu grávida de seu menino e de sua menina; agora, não sentia nada, só queria “tirar e acabar”: “Eu planejei meus dois filhos, esse não. Nunca me vi como mãe dessa criança. Sei que toda vez que olhasse para esse bebê ia lembrar tudo, eu não podia maltratar essa criança”, diz, sem conter as lágrimas (POUZA; PES-SOA; CORTEZ, 2015).

Sendo o trauma o que justifica o aborto quan-

do a mulher é vítima da violência sexual, não deveria haver o que gerasse óbice à legitimidade do aborto quando o homem for a vítima dessa violência, que viesse a causar uma gestação na autora do crime. Entretanto, como ficará explicitado mais a frente, a realidade não é essa.

3.2 Mulher no Sujeito Ativo do Estupro

No atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, a mulher pode atuar como sujeito ativo do crime de estupro. Pode-se vislumbrar, destarte, uma situação na qual, em decorrência desse ato, ocorra uma gestação. Pode ocorrer, ainda, que o estupro seja praticado justamente com a finalidade de se chegar a uma gestação.

Ocorreu recentemente na África do Sul uma situação intrigante. Traz a condição de se apreciar uma possível finalidade gestacional. Três mulheres, armadas, sequestraram um homem e o estupraram, recolhendo o seu sêmen e o armazenando. Trata-se de notícia assim redigida, em um dos seus fragmentos:

Depois de dirigirem por horas, as mulheres abriram o porta-malas e começaram a acariciar o homem. Elas o obrigaram a tomar um “líquido estranho” oferecido pelas sequestradoras depois que as sucessivas tentativas de excitá-lo resultaram em fracasso. Após estuprar o homem sucessivas vezes, as mulheres coletaram seu sêmen e o depositaram em sacolas plásticas dentro de *coolers* (caixas térmicas). Em seguida, o homem foi libertado na cidade de Port Elizabeth, a 500 quilômetros de onde foi sequestrado. A polícia abriu uma investigação de estupro (MULHERES, 2015).

Pode-se imaginar que dos sucessivos abusos, uma das autoras viesse a engravidar ou, ainda, que o sêmen armazenado fosse utilizado dolosamente para uma inseminação artificial. Destarte, fica comprovada a possibilidade de uma gestação em decorrência de estupro masculino. O ordenamento jurídico, responsável por regular as relações sociais e por tutelar os interesses dos indivíduos, deveria apresentar, da mesma forma que é apresentada à mulher, uma saída para amenizar as consequências do trauma.

A saída seria a prática abortiva induzida para interromper a gestação indesejada, como no caso da mulher que sofre a violência sexual. Mas, aqui depara-se com duas hipóteses: a primeira, em que

a autora do estupro consente com a prática, e uma segunda, em que esta se recusa a abortar. Em ambas as hipóteses encontram-se óbices à interrupção da gestação.

Considerando a primeira situação, em que a criminosa concorde com a prática abortiva, há que se questionar a legitimidade deste ato tendo em vista que a excludente de ilicitude trazida pelo artigo 128 do Código Penal é voltada para mulheres que são vítimas de estupro e, não, autoras. Entende-se que seria uma espécie de premiação à autora do crime permitir que, legalmente, se desfça da gestação consequente do fato típico e ilícito que cometeu:

Inclusive sob o prisma ético não seria jamais compreensível que se admitisse ceder a tutela da vida humana intrauterina em prol do simples desejo da criminosa que violou a dignidade e a liberdade sexual de outrem e agora pretende violar também a vida humana para satisfazer seu capricho de não arcar com o ônus de zelar pela futura criança (SILVA, 2015).

Esse entendimento, porém, salvo melhor juízo, encontra-se equivocado, pois a possibilidade de abortar nessa situação não se volta para a satisfação da vontade da autora, mas, sim, para amparar os interesses do homem que foi vítima da ação desta. Desta maneira, não poderia se falar em aborto induzido apenas por desejo da autora sem contar com o consentimento do homem, pai da criança.

O correto seria que fosse feita uma interpretação extensiva do artigo 128 do Código Penal, não havendo aqui a chamada analogia *in malam partem*, em prejuízo do réu, tendo em vista que em nada causaria mal à autora.

Em sua obra, Masson faz uma análise da possibilidade de aborto humanitário no caso de estupro de vulnerável que vale ser exposta:

Há lacuna na lei e os fundamentos são idênticos: gravidez indesejada e efeitos traumáticos a serem provocados na mulher com o nascimento e a criação da criança. Além disso, o estupro de vulnerável, definido como crime pela Lei 12.015/2009, não existia quando foi redigido o art. 128, inc. II, do Código Penal, razão pela qual era impossível ter sido prevista esta hipótese legal de aborto (MASSON, 2014, p. 85).

Tem-se, aqui, situação semelhante. Entretanto, os referidos efeitos traumáticos seriam provo-

cados no homem. Contar-se-ia com a presença das exigências legais de ser uma gravidez resultante de estupro e de ser precedida por autorização da gestante.

Por sua vez, a situação em que a mulher não concorda com a interrupção gestacional é mais delicada de se tratar. Aqui, a proposta seria o aborto contra a vontade da autora. Quando se trata de uma vítima feminina, não há que se questionar a autorização do autor da violência, tendo em vista que está no exercício do seu direito de dispor sobre o próprio corpo. Mas, o homem por mais que seja o pai daquela criança que está sendo gerada, não tem o direito de dispor sobre o corpo da gestante, nem mesmo o Estado tem essa prerrogativa, que seria sobremaneira abusiva.

3.2.1 Violações constitucionais

O aborto contra vontade da mãe viola mais de um dispositivo constitucional, previsto no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Carta Magna, da qual se extraem os seguintes dizeres:

Art. 5.º 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

O aborto humanitário é exceção aplicada ao direito à vida, previsto no *caput* do artigo 5.º do texto constitucional, e tem seus pressupostos específicos: ser resultante de estupro, ser praticado por médico e autorização da gestante. Na ausência de algum desses três pressupostos, não se pode falar em exceção deste direito, de modo que o aborto, mesmo que em caso de estupro, se não contar com o consentimento da gestante, viola diretamente o direito à vida do nascituro.

Em segundo lugar, o inciso II traz o princípio da legalidade. Por não haver a previsão de aborto sem o consentimento da gestante, esta prática, além de não encontrar respaldo legal, incorreria

na inobservância da prescrição do Diploma Legal analisado.

Por último, pode ser visto como tratamento desumano forçar uma mulher a interromper uma gestação. Ter cometido um crime não desqualifica a condição de ser humano da autora, além de que deve ser levada em conta a situação de fragilidade emocional em que uma gestação deixa a mulher. Destarte, encontra-se mais um dispositivo constitucional que seria violado com a prática do aborto forçado.

No mesmo cânone legal extraído da Constituição Federal de 1988, tem-se em seu inciso I a previsão da igualdade entre os homens e mulheres. Posto isto, pode-se inferir que é inconstitucional oferecer amparo apenas às mulheres numa situação em que existam ofendidos de ambos os sexos. Ou seja, se as vítimas do sexo feminino têm amparo legal para se esquivar da maternidade proveniente de violência sexual, as vítimas do sexo masculino devem, da mesma forma, contar com tal prerrogativa. Entretanto, ficou explícito que isto não pode se dar por meio de aborto, quando não houver consentimento da gestante, de maneira que a saída deve ser buscada em outro ramo do ordenamento jurídico, a saber, o Direito Civil.

3.2.2 Consequências cíveis

Toda criança tem direito à filiação, isto é, ao reconhecimento legal dos seus genitores. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) traz a seguinte prescrição legal:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Em tese, a criança que vier a nascer, mesmo que de gravidez resultante de violência sexual, tem o direito ao reconhecimento de paternidade. Isso implica que, mesmo não desejando o nascimento daquela criança, o homem vítima da violência terá que proceder ao registro civil. Ou ser forçado a fazê-lo, por ordem judicial.

A Constituição Federal vigente preleciona no art. 227, § 6.º, a igualdade substancial entre filhos. Em consonância com a Carta Magna, o Código Civil reproduziu tal prescrição:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da

relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Este Código traz descrito, ainda, que os pais são corresponsáveis pela alimentação, educação e mantimento dos filhos. Acrescente-se a isso a prescrição do artigo 1.612, do mesmo diploma legal, de que o filho que for reconhecido, enquanto não alcançar a maioridade, deverá ficar sob a guarda do genitor que o reconheceu. Tendo sido este filho reconhecido por ambos (normalmente, assumido pela mãe e reconhecido pelo pai) e caso não haja acordo quanto à guarda, esta será de quem melhor atender aos interesses do menor. Ou, dependendo da situação, poderá haver a guarda compartilhada.

Não sendo possível evitar o nascimento do filho, uma saída seria que o ordenamento fosse abrandado na esfera cível para os homens que se tornaram pais por meio do estupro. A criança não deverá ser deixada desamparada, de forma que o Estado, através dos fundos da Seguridade Social, deverá suprir, no que for necessário, a ausência da contribuição paterna para a criação da mesma.

De fato, o Estado jamais poderá suprir a ausência afetiva da figura paterna. Mas, em situação semelhante à aqui retratada, não existem meios para solucionar o problema em seu todo, de maneira que consequências ruins sempre existirão seja para o homem que sofreu a violência sexual, seja para a criança que foi concebida fruto de crime desta natureza.

O problema da tese ora exposta é que poderia vir acontecer casos de homens que, pretendendo não assumir a paternidade, em caso de relacionamento amoroso razoavelmente passageiro, apontasse o ato sexual como sendo, ele, vítima de estupro. Assim, quando nascesse a criança (ou, antes delas, no caso de alimentos gravídicos (Lei 11.804/2008), não seria apontado, no Registro Civil, como pai. E não prestaria assistência, não prestaria alimentos, não transmitiria patrimônio por herança, não teria poder familiar e outros direitos e deveres típicos do pai.

De maneira mais romântica, há o seguinte posicionamento:

Uma solução bastante plausível a problemática aqui apresentada, seria que a vítima do estupro, buscasse a guarda do futuro filho, junto à justiça, a fim de que com a convivência estabelecesse uma relação de

amor e carinho, de forma a apagar ou ao menos amenizar as consequências do crime sofrido por ela (SILVA, 2015).

Na situação em que a vítima conseguisse superar o trauma sofrido, a opção apresentada neste trecho seria a mais adequada para a criança, que não deve arcar com as consequências trazidas pelas atitudes da sua genitora.

Mas, não são todos os casos em que a vítima supera o fato vivenciado. E seria um segundo trauma forçá-la a conviver com o fruto do crime.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 12.015/2009, que foi eficiente em reconhecer a mutação do cenário social, deveria ter trazido em seu corpo uma solução viável que tutelasse a situação do homem vítima de estupro que resultar em gravidez da autora.

O fato é que ao transformar-se um trecho da lei, possivelmente vários outros sofreram desequilíbrio e também necessitaram de modificações. Nem sempre a emenda ocorre de forma plena e eficaz, ou seja, na maior parte das vezes após uma alteração, restam dúvidas e disputas doutrinárias ferrenhas em torno da aplicabilidade e eficiência do dispositivo na matriz jurídica (SILVA, 2015).

A emenda não tendo ocorrido, como transcrito acima, “de forma plena e eficaz”, e tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não admite lacunas, é dever dos estudiosos e dos aplicadores do Direito encontrar uma solução para o tema ora discutido, a saber: a gestação resultante de estupro praticado por mulher.

Deste modo, não havendo solução legal para um caso apresentado ao Poder Judiciário, o magistrado decidirá com fundamento na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, conforme prescreve o artigo 4.º Decreto-Lei 4.657/42, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Caberá, ainda, aos aplicadores da lei “atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, conforme o artigo 5.º da LINDB. Isso significa que a aplicação da norma ao caso concreto deve ser feita de forma a garantir a equidade do ordenamento, visando à estabilizar a situação jurídica. Contudo, tudo isto deve ser feito sem violar os princípios constitucionais do ordenamento jurídico do Brasil.

A Lei 12.015/2009 deixou a desejar no tocante ao amparo dos homens que sofrem com a violência sexual, mas esse quadro pode ser revertido sem que haja edição de nova Lei. Novo Diploma legal poderia gerar ainda mais controvérsias. Por isso, antes de se criar novos dispositivos legais, deve-se tentar adequar as normas vigentes à situação real em que a sociedade se encontra.

E é isso que foi proposto com o presente estudo.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Carolina. Ipea: 50,7% das vítimas de estupro no Brasil têm até 13 anos. O Globo. Rio de Janeiro, Ed. Globo, 27 mar. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ipea-507-das-vitimas-de-estupro-no-brasil-tem-ate-13-anos-12007654#ixzz3oCPzubd6>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Republicado no *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 31 jan. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27 set. 1990.

BRASIL. Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 6 nov. 2008.

BRASIL. Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25

de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 10 ago. 2009.

BRASIL. Lei 12.845, de 1.º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/RELATORIOFinalCPIPEDOFILIA.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CNN - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 15 maio 2013, edição 89.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. v. III. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MASSON, Cléber. *Direito penal esquematizado: parte especial*, arts. 213 a 359-H. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MULHERES sequestram, estupram e depositam sêmen de homem em um cooler na África do Sul. R7Notícias. São Paulo, 7 maio 2015. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/internacional/mulheres-sequestram-estupram-e-depositam-semen-de-homem-em-um-cooler-na-africa-do-sul-07052015>>. Acesso em: 10 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POUZA, Anna Beatriz; PESSOA, Gabriela Sá; CORTEZ, Natacha. Dor em dobro. Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo. São Paulo, Ed. Casa da Cultura Digital, 29 maio 2014. Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/dor-em-dobro-2/>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SILVA, José Donizeti da. Os menores fruto de estupro pré-ordenado e o direito a alimentos. JusBrasil. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937130/os-menores-fruto-de-estupro-pre-ordenado-e-o-direito-a-alimentos>>. Acesso em: 30 set. 2015.

SUÉCIA anuncia abertura de clínica exclusiva para homens vítimas de abuso sexual. Huffpost Brasil. São Paulo, Ed. Abril, 19 jun. 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/06/19/homens-estuprados_n_7622910.html>. Acesso em: 20 out. 2015.

VÍTIMAS de abuso sexual do sexo masculino têm mais dificuldade de lidar com o trauma. Hype Science. São Paulo, 20 fev. 2011. Disponível em: <<http://hypescience.com/vitimas-de-abuso-sexual-do-sexo-masculino-tem-mais-dificuldade-de-lidar-com-o-trauma/>>. Acesso em: 10 out. 2015.

O DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO: o conflito presente no caso das biografias não autorizadas

Clarissa Rodrigues Soares¹
Eduardo Henrique de Freitas²

RESUMO

O presente trabalho objetiva discorrer a respeito do princípio constitucional relativo à liberdade de pensamento, apresentando uma breve análise sobre os Direitos da Personalidade e elencando a possibilidade de conflito entre esses direitos. Para exemplificar a colisão entre esses princípios, serão confrontados o direito à manifestação de pensamento com o direito à privacidade, ambos garantidos pelo atual texto constitucional brasileiro e expressamente garantidos pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Por fim, será feita a análise de um caso concreto discutido pelo Supremo Tribunal Federal, que diz respeito ao direito de se produzir biografias não autorizadas de pessoas públicas, na intenção de demonstrar uma posição jurisprudencial sobre a ponderação entre esses direitos.

Palavras-chave: liberdade de pensamento, direitos da personalidade, conflito entre direitos, biografias não autorizadas.

ABSTRACT

This paper aims to discuss about the constitutional principle relating to freedom of thought, making a brief analysis on the Rights of Personality and listing the possibility of conflict between these rights. To illustrate the collision between these principles, will face the right to expression of thought with the right to privacy, guaranteed by both our current constitution and explicitly guaranteed by the Civil Code of 2002. Finally, we will make the analysis of a specific case discussed the Federal Supreme Court, which concerns the right to produce unauthorized biographies of public figures, in order to show the jurisprudence on the balance between these rights.

Keywords: freedom of thought, personality rights,

conflict between rights, unauthorized biographies.

1 INTRODUÇÃO

Buscando analisar o direito à liberdade de pensamento e os possíveis conflitos com outros direitos individuais garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, torna-se necessária uma breve reflexão a respeito da história da construção dos direitos da personalidade, para compreender o motivo da inserção desses direitos no Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/02) e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

No Brasil, no projeto do Código Civil de 1960, Orlando Gomes inseriu dezesseis artigos que se preocupavam em tratar a respeito do direito à liberdade de pensamento. Contudo, os direitos da personalidade somente foram realmente consagrados com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe no corpo do seu texto normas e princípios sobre esse tema, garantindo-os como direitos fundamentais.

A CRFB/88 foi desenvolvida em meio a um contexto de busca por proteção e efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade. Especialmente influenciados pelos momentos anteriores, de privação de liberdade, os Constituintes transferiram para o texto constitucional o pensamento de liberdade e desvinculação à censura prévia, um anseio de todo o povo brasileiro.

Nem toda redação do texto constitucional, porém, traz a clareza exemplar condizente com os desejos da população. Sendo assim, são encontrados ao longo de seu texto diversos princípios que buscam a garantia da dignidade da pessoa humana, mas que podem colidir em determinado momento, criando um conflito que não permite afastamento de um direito em detrimento de outro, pois todos se encontram no mesmo patamar de importância.

¹ Licenciada em História pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Acadêmica do Segundo Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA).

² Acadêmico do Segundo Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Diante desses conflitos, cabe ao Poder Judiciário utilizar da ponderação, proporcionalidade, razoabilidade e harmonização para resolver casos concretos nos quais o direito de um infringe o direito de outrem, como será ilustrado por esse artigo através do exemplo das biografias não autorizadas.

Antes de partir para a análise do caso concreto, faz-se necessário conceituar os direitos da personalidade, entender como é discutido o direito à liberdade de pensamento, seus limites e seu possível conflito com o direito à privacidade.

2 ORIGEM, CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DAS PERSONALIDADES

A partir das Revoluções Burguesas do século XVIII, os estudos e a sistematização dos direitos da personalidade ganharam força em todo o mundo, a partir da Europa. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, aumentou a tutela sobre os direitos individuais e valorização da proteção da personalidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 107). Anterior às Revoluções, já existia na Idade Média, pautando-se no direito romano, uma ideia inicial de proteção ao indivíduo na figura da *actio injuriarum aestimatoriaque*, que propunha uma proteção à pessoa, frente a injúrias e difamações que fossem de encontro à sua honra.

Entretanto, apenas após a II Guerra Mundial, devido aos abusos cometidos pelo nazismo às individualidades humanas e contra a humanidade como um todo, fez-se necessário que o Direito fosse repensado, reaproximado das outras matérias, como a Moral, a Filosofia, a Sociologia, e que fosse garantida a proteção de “uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana, para assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça.” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 107). Nesse sentido, para garantir expressamente esses direitos personalíssimos, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Após essa promulgação da Declaração em assunto, a maioria dos Códigos Civis passou por uma reformulação, para que os Direitos da Personalidade fossem garantidos de maneira extensa e expressa.

Para compreender o conceito de “Direito das Personalidades”, faz-se relevante a definição feita por Gomes (1999, p. 148), que diz que “nos direitos da personalidade, compreendem-se direitos

considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.”. Esses seriam bens jurídicos que se transfiguram em “projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção.”.

Segundo Stolze e Pamplona Filho (2011), esses direitos estão classificados de acordo com os aspectos fundamentais da personalidade, sendo esses: a integridade física (direito à vida, à saúde ou inteireza do corpo, ao corpo, direito ao corpo morto, à voz), a integridade psíquica ou intelectual (liberdade de pensamento, de criação intelectual, à privacidade, ao segredo) e a integridade moral (direito à honra, direito à imagem).

Como destacam Farias e Rosenvald (2008), a classificação feita por questões didáticas não exaure o rol dos direitos da personalidade. Estes direitos constituem, na verdade, uma categoria elástica, que deve ser entendida de maneira ampla e concreta de acordo com a evolução do homem e suas variadas atividades.

Gonçalves (2014, p. 187) caracteriza os direitos da personalidade como “absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios.”. Esses direitos não podem ser dispostos por seus titulares, nem transmitidos a terceiros, pois nascem e se extinguem com o indivíduo. Entendem-se como absolutos, já que são direitos demasiadamente relevantes e necessários e requerem respeito por parte de todos. São considerados ilimitados por não existir um número ou conjunto estabelecido de direitos da personalidade. São, portanto, *numerus apertus*. Ademais, são considerados como imprescritíveis pelo fato de não se extinguirem pelo uso ou decurso do tempo. E são vitalícios, pois apenas se extinguem com a morte do indivíduo, sendo preservados ainda alguns direitos como o respeito ao corpo morto, à sua memória, moral ou sua honra.

3 DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO

O pensamento, característica intrínseca da humanidade, revela-se pela capacidade de abstração, de ter na mente um lugar de profunda densidade com o qual se percebe o mundo. À medida que as sociedades se complexificam, novos elementos são introjetados nesta teia cognoscente. O pensamento não é um movimento unívoco, depende de contextos e interesses. Na perspectiva de Freud (2001) é possível elevar a mente ao

patamar da absoluta correspondência com a identidade oculta do homem; ambiente indevassável, que se tem acesso apenas com a anuência de seu titular. É justamente na imprevisibilidade do universo mental que o homem é eternamente feito; o nascedouro da individualidade é dentro de cada um, apreendendo os estímulos externos a mente absorve o mundo à sua volta.

O ordenamento jurídico brasileiro garante que todas as pessoas são livres para pensar, crer e se filiar às diversas concepções filosóficas, políticas e religiosas, assim como expressar e criar obras a respeito do que acredita. Por certo, a maneira mais genuína de proteger um direito é justamente criando um ambiente favorável ao seu desenvolvimento, cujos aspectos objetivos visem à reafirmação de seu cerne. Deste modo, a liberdade consigna subjetivamente a fugacidade do pensamento – não considerando limites e/ou repressões – e objetivamente a materialização do que foi pensado – sem a influência e/ou intervenção do que lhe é alheio.

A CRFB/88 em seu artigo 5.º, inciso IV, garante o direito à liberdade de pensamento como direito fundamental, sendo vetado o anonimato. O dispositivo 220 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também dispõe sobre esse direito quando versa que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição.”. Além da disposição da CRFB/88, o CCB/02 reza em seu artigo 11 que não há possibilidade de transmissão e nem de renúncia à liberdade de pensamento, sendo defeso o seu constrangimento. O que reflete no campo hermenêutico da intangibilidade do pensamento, devendo ser ele preferível em casos concretos em que a produção intelectual sofra constrição de qualquer gênero. Ademais, a Lei n.º 9.610/98 regulamentou os direitos autorais advindos das criações intelectuais.

Apesar de ser um Direito Fundamental, garantido e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, não se deve deixar de considerar a possibilidade de conflito com outros Direitos Fundamentais tão relevantes quanto o direito à liberdade de pensamento.

Uma vez que esse pensamento passa a ser exteriorizado de forma escrita ou falada, o direito estabelece a ele alguns limites. A liberdade de expressão do pensamento torna-se, então, passível de análise pelo Poder Judiciário e é possível a

responsabilização civil ou penal do autor. No que tange ao Direito Civil, caso no exercício da manifestação do pensamento sejam constatadas ofensas a terceiros, os ofendidos têm o direito de reclamar danos morais ou materiais, com indenização estabelecida pelo judiciário.

A liberdade de pensamento é garantida pelo ordenamento jurídico como forma de promover a dignidade da pessoa humana.

No entanto, no momento que esse pensamento é expressado, da maneira que for, e atingir a honra de outra pessoa ou extrapolar os limites do aceitável, o Direito surge para defender aqueles que se sentem prejudicados, material ou moralmente, pelas opiniões ou reflexos do pensamento dos outros. Nestes termos, as consequências podem ser tanto relacionadas ao Direito Civil e, até mesmo, ao Direito Penal (KRIEGER, 2015).

Percebe-se assim, que o direito ao livre pensar e produzir não é completamente ilimitado. Garantir a liberdade de pensamento não significa permitir que, baseando-se em convicções particulares, o indivíduo possa ferir outros direitos alheios expressando e divulgando informações ou opiniões que os prejudiquem.

4 CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE PENSAMENTO E O DIREITO À PRIVACIDADE

Sendo se vê na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, resultado de diversas ponderações de ideais políticos e sociais, tem-se no texto constitucional uma mescla de diversos antagonismos. Por conta dessa diversidade, alguns conflitos entre princípios de mesma hierarquia são possíveis, sendo vedada a possibilidade de afastamento de um em detrimento do outro.

Convém ressaltar que tanto a liberdade de pensamento quanto o direito à privacidade constituem Direitos Fundamentais resguardados no artigo 5.º da CRFB/88. E são considerados Direitos Humanos reconhecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, gozando assim de *status* supraconstitucionais. Esses direitos possuem ainda a denominação de princípios, sendo, portanto, fonte do direito, seja para servir de norteamento na criação de novas leis, seja para servir de base interpretativa e auxiliar ao Poder Judiciário.

No tocante ao direito à privacidade, o Código Civil brasileiro, de 2002, regulamentou o direito à privacidade nos artigos 20 e 21, *verbis*:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

No que diz respeito à liberdade de manifestação do pensamento, tem-se um direito fundamental que, como já discutido anteriormente, diz respeito à liberdade que qualquer indivíduo tem para se filiar a qualquer corrente de pensamento, manifestar, expressar, tornar público algo que conhece ou tenha estudado sobre determinado assunto, pessoa ou acontecimento, sem interferência pública ou privada, negado o anonimato e limitada, quando não relacionada à censura, as manifestações que causem algum dano à imagem ou a moral de alguém.

Sendo assim, diante do confronto entre esses dois princípios, como o Poder Judiciário deve proceder? Tratando-se de uma antinomia entre princípios constitucionais, o Judiciário deve fazer uso dos preceitos da ponderação, harmonização, razoabilidade e proporcionalidade para resolver litígios entre esses direitos fundamentais. A seguir, para ilustrar o conflito direto entre o direito à manifestação do pensamento e o direito à privacidade, foi utilizado um caso concreto discutido pelo Supremo Tribunal Federal.

5 O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No dia cinco de julho de 2012 foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.815/DF, pela Associação Nacional de Editores de Livros (ANEL), de tendo por finalidade a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro,

de 2002. Como tratado no tópico anterior, os artigos 20 e 21 do CCB/02 versam sobre o direito à privacidade e estabelecem que “a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa” apenas pode ser feita mediante autorização prévia. Sendo assim, as biografias não autorizadas sobre pessoas públicas encontrariam uma barreira legal.

Segundo o jornalista Márcio Falcão (2015), diversos foram os argumentos contra e a favor da publicação sem autorização prévia. O posicionamento contra pautava-se no argumento da privacidade dos biografados como direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a “vida privada da pessoa natural é inviolável”. A “Associação Procure Saber” formada por artistas, como Caetano Veloso, Chico Buarque, Gilberto Gil, Roberto Carlos, Djavan, dentre outros, posicionou-se contra a liberação das biografias não autorizadas, por acreditar ser difícil a reparação posterior por ações judiciais de possíveis danos ao biografado.

No entanto, o advogado da ANEL, Gustavo Binenbojm, alegou ao Supremo que o controle das biografias estaria diretamente ligado à censura. A autorização prévia pelos biografados ou por suas famílias, das biografias e o controle de informações ou documentos utilizados pelos biógrafos, estariam comprometendo a liberdade de pensamento, de informação e a busca pela verdade, uma vez que as obras autorizadas reproduziriam apenas textos positivos, em homenagem aos biografados. A proibição censuraria, além das biografias de artistas, livros que contassem passagens históricas sobre gerais da ditadura e seus abusos, sobre políticos e pessoas públicas em geral. Também alegou que as biografias costumam ser narrativas históricas que utilizam como base fatos que o biografado deixou que se tornassem públicos em determinado momento, fazendo com que esses sejam então de interesse público, caso contrário não haveria interesse algum em escrevê-las.

Todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal posicionaram-se a favor das publicações sem autorização prévia. A Relatora do caso, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgou que o direito à liberdade de expressão não deve ser anulado pelo direito das pessoas públicas à privacidade e intimidade.

Censura é forma de calar a boca. Pior, é forma de calar a Constituição. O que não me parece constitucionalmente admissível é o esquitejamento da liberdade de todos em

detrimento da liberdade de um. [...] Há riscos de abusos, não somente no dizer e no escrever. Mas, a vida é uma experiência de riscos. A vida pede a cada um de nós coragem. [...] O que não admite a Constituição do Brasil é que sob o argumento de ter direito a ter trancada a sua porta, abolir-se a liberdade do outro de se expressar e pensar, de criar obras literárias especialmente, no caso, obras biográficas, que dizem respeito não apenas ao biografado, mas que diz respeito à toda a coletividade (STF. Adin. 4.815/DF. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgamento em 10-6-2015).

Os Ministros criticaram a necessidade de autorização dos biografados, alegando que a censura prévia é vetada pela **CRFB/88**. Sobre o caso, o Ministro Luís Roberto Barroso declarou durante seu voto que direitos fundamentais não devem ser hierarquizados, entretanto, por ter sido alvo de violações no passado, a liberdade de expressão deve ser uma liberdade preferencial. O Ministro Celso de Mello alegou ainda que o Judiciário não pode utilizar seu poder como forma de censura estatal. Para o Ministro Luís Fux, as pessoas públicas acabam pagando o preço da notoriedade, uma vez que sua privacidade é diminuída pela fama.

Por fim, faz-se necessário ressaltar que à medida que os biografados sintam-se ofendidos ou lesados de alguma maneira, estes têm direito a instrumentos de reparação como o direito de resposta, indenização, entre outros.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se, diante das reflexões apresentadas, o valor e o direito resguardado ao pensamento, pois se trata de uma dimensão incedível do homem e garante que o indivíduo exerça sua dignidade. Em contraposição, propõe o direito – igualmente reto e necessário – de manter no sigilo inviolável aquilo que diz respeito à privacidade do sujeito. Diante do referido conflito prefere-se o direito mais coerente, mais plausível para se conservar a estabilização dos efeitos sociais.

Segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal, no conflito real e de difícil solução das biografias não autorizadas, deve ser levado em conta que fatos relevantes da própria história de alguns personagens influem na coletividade. A tentativa de constranger a visão que outrem pode criar sobre fatos passíveis de compartilhamento social é aderir a um cerceamento incompatível com o Estado

Democrático de Direito. Admitir, através dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro de 2002, que apenas a prévia autorização do biografado legitimaria obras literárias de cunho biográfico, mitiga a produção intelectual dos autores e empobrece os direitos conexos de informar e ser informado.

A autorização prévia caracterizaria uma espécie de censura, sendo esta inadmissível segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No entanto, a liberdade de pensamento não se caracteriza pela possibilidade de o indivíduo falar ou expressar o que quiser, sem qualquer reserva. Quaisquer abusos ou inadvertências que afrontem a imagem, a honra e os demais direitos conexos dos biografados serão passíveis de reparação, uma vez que, o Direito quer manter regularmente posta a balança da Justiça, para que esta não penda a favor de um direito fundamental em absoluto detrimento do outro.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. Biografias não autorizadas: direito a liberdade de manifestação de pensamento x direito à privacidade e um possível posicionamento do STF na Adin n.º 4815/12. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12470>. Acesso em: 3 out. de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 20 jan. 1998.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

FALCÃO, Márcio. Por 9 a 0, STF decide pela liberação de biografias não autorizadas. Folha Ilustrada. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/06/1640353-por-maioria-stf-decide-pela-liberacao-de-biografias-nao-autorizadas.shtml>>. Acesso em: 4 out. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREUD, Sigmund. *A interpretação de sonhos*. Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KRIEGER, Maurício Antonacci. O direito fundamental da liberdade de pensamento e de expressão. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42138&seo=1>>. Acesso em: 2 out. 2015.

LOURENÇO, Valéria Jabur Maluf Mavuchian. Colisão de direitos fundamentais: análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10840>. Acesso em: 2 out. 2015.

SILVA, Felipe Valentin. Fundamentos dos direitos de personalidade e o papel da tutela inibitória na sua proteção. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8955#_ftnref> Acesso em: 2 out. 2015.

SPITZCOVSKY, Celso; MOTA, Leda Pereira da. *Direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009. (Série Concursos Públicos).

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn.) 4.815/DF. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgamento em 10-6-2015.

A PETIÇÃO INICIAL SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diana Alves Câmara¹

RESUMO

Este artigo objetiva analisar o Novo Código de Processo Civil regido pela Lei n.º 13.015, de 2015, que entrará em vigor no dia 17 de março de 2016. Dada à extensão do conteúdo, o presente trabalho se limita a partir da seguinte premissa: houve alterações substanciais no que tange à petição inicial? A petição inicial consiste em um ato solene com requisitos formais obrigatórios, podendo também ser conceituada como instrumento da demanda, sendo, por isso, de vital importância no processo. Ante à peculiaridade da estrutura do estudo em pauta, o recurso metodológico utilizado foi a própria lei, doutrinas, leituras e pesquisa *online* complementar que abordam as inovações mais imponentes dedicadas a este instituto. Portanto, o método basilar será uma comparação de como se dará a aplicação de tal instrumento e de como será sob a égide do novo Código.

Palavras-Chave: Novo Código de Processo Civil, Petição Inicial, Alterações.

ABSTRACT

This article address to analyze the new Code of Civil Procedure governed by the law 13.015 of 2015 that is going come into effect in March 16 of 2016. In the face of the extent of the subject this present work is limited by the question: the initial petition was really changed? The initial petition is a solemn act with formal requirements witch also can be conceptualized like a tool of lawsuit, the reason it is really important in process. Taken into consideration the characterizes of the structure of this study, the methodological resource utilized was the own law, doctrines, reading and complementary online survey that deal the relevant innovations about this institute. Therefore, the grounding method is going to be a compare about how is the

application of this tool and how it will be under the protection of the Code of Civil Procedure.

Keywords: New Code of Civil Procedure, Inicial Petition, Changes

Como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas (**Miguel Reale**).

1 INTRODUÇÃO

O Direito é um produto social que regula a vida em sociedade. Subtende-se, então, que é mutável, podendo ser caracterizado como o conjunto de normas jurídicas que regula determinado corpo social. Para fins didáticos e de atuação, desdobra-se em vários ramos, tais como Direito Penal, Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Eleitoral, Direito Administrativo, dentre outros. E o Direito Processual, assunto de estudo deste trabalho, assim como os demais ramos do Direito, renova-se, dinamiza-se e passa por fases de mudanças tanto interpretativas como legislativas.

Recentemente, a Lei 13.015, de 16 de março de 2015, instituiu um Novo Código de Processo Civil em virtude da necessidade de mudanças, uma vez que o vigente Código de Processo Civil (CPC), conhecido como Código Buzaid, é de 1973. E apesar de ser uma obra-prima, abarcando diversas situações jurídicas, sofreu inúmeras emendas para que fossem atendidas demandas sociais não previstas à época de sua elaboração. De tal modo que alguns operadores do Direito o apelidaram de colcha de retalhos.

¹ Acadêmica do Quinto Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Em consequência da constante atualização e da vasta obra doutrinária, jurisprudência e debates sobre o tema, urgiu a necessidade de se elaborar uma nova lei na qual houvesse aprimoramento de dados institutos, supressões de uns e extensões de outros, a fim de se chegar a um melhor desempenho, e visando uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere.

Como ainda vigora o período de *vacatio legis*, muitas das inovações, com suas respectivas repercussões, apenas serão de fato sentidas em um futuro próximo. Implica que o momento atual é a pré-vigência do referido Código. O que torna de fundamental importância o estudo e a reflexão dos temas, para que os operadores do Direito estejam prontos para atender aos imperativos dessa nova Lei, assim que esta entrar em vigor.

Necessário observar que a petição inicial, responsável pela abertura do processo, ou seja, por afastar a inércia do Estado-Juiz, provocando a jurisdição, sofreu algumas mudanças pontuais que serão enumeradas neste artigo, por meio de uma abordagem perspicaz e de fácil compreensão. Como subsídios ou fundamento, haverá a utilização de doutrinas e pareceres de estudiosos, mestres e especialistas sobre o assunto tratado.

2 CONCEITUAÇÃO

É conveniente iniciar este texto conceituando o seu objeto de análise. É de boa técnica didática, de boa redação. Definir o objeto do estudo, de linhas à frente, é tarefa número um, como fase preambular.

Importa ressaltar, preliminarmente, que processo é o ambiente no qual a jurisdição é prestada. E esta, por sua vez, atua diminuindo, neutralizando ou extinguindo conflitos de interesses. Pode-se dizer que a jurisdição é o ato de o Juiz dizer o direito, definir quem tem o direito, decidir qual pretensão, dentre os argumentos do autor e do requerido, está pautada e fincada no Direito. A jurisdição, no entanto, é regida pelo princípio da inércia. Implica que para atuar, necessita o Poder Judiciário de ser provocado, por meio do exercício do direito de ação. O Juiz de Direito não age de ofício, por iniciativa própria; depende de que o pretendente à instauração da jurisdição tome a iniciativa, peticione. E a petição inicial, por sua vez, corporifica/materializa o exercício de tal direito por ser “o instrumento da demanda.” (CÂMARA, 2014, p. 347).

A relação entre petição inicial e demanda é a mesma que se estabelece entre a forma e

o seu conteúdo. Do mesmo modo que o instrumento de um contrato não é um contrato, a petição inicial não é demanda. A demanda é um ato jurídico que requer forma especial. A petição inicial é a forma da demanda, o seu instrumento; a demanda é o conteúdo da petição inicial (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 445).

Pelo princípio da inércia ou da reserva de jurisdição, o juiz, como representante do Estado, não pode iniciar um processo *ex officio*. Para tanto, quem almeja provocar a atividade jurisdicional necessariamente tem que materializar seu pleito por meio do procedimento adequado. E o instrumento materializador do interesse em busca de tutela é a petição inicial, que se caracteriza por ser a peça necessariamente escrita em vernáculo pátrio, e assinada – física ou eletronicamente – pelo patrono devidamente constituído. Pela petição inicial, o autor formula a demanda que virá a ser apreciada pelo juiz, na busca de um provimento final (GAMA JÚNIOR; LEITE, 2015).

Ademais, consiste no

ato inicial do processo e, embora a relação jurídica processual só se complete com a citação válida, a distribuição da petição inicial vincula autor/juiz em uma relação linear, mas que já produz alguns efeitos, como o de interromper precariamente a prescrição (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 347).

Acrescenta Câmara (2014, p. 356) que por ser ato solene “não se pode negar a existência de requisitos formais para o ajuizamento da demanda, os quais são tradicionalmente denominados na praxe forense requisitos da petição inicial.”. Assunto que será esmiuçado no próximo tópico com as devidas comparações em relação ao Novo Código de Processo Civil.

3 REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL

Inobstante ser legalmente determinado a iniciativa da parte para que haja o início do processo, disso não resulta que possa a parte redigir com plena liberdade a petição inicial. (WAMBIER; TALAMINI, 2014). Quando se fala em petição inicial qualquer que seja o procedimento, refere-se ao ato processual com os requisitos previstos nos arts. 282 e 319, do vigente e vindouro Código, respectivamente. Logo, após traçar no tópico anterior o panorama geral, faz-se mister neste apresentar o conteúdo dos supracitados artigos em uma tabela para melhor visualização.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
<p>Art. 282. A petição inicial indicará:</p> <p>I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;</p> <p>II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;</p> <p>III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;</p> <p>IV - o pedido, com as suas especificações;</p> <p>V - o valor da causa;</p> <p>VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;</p> <p>VII - o requerimento para citação do réu.</p>	<p>Art. 319. A petição inicial indicará:</p> <p>I - o juízo a que é dirigida;</p> <p>II - os nomes, os prenomes, estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;</p> <p>III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;</p> <p>IV - o pedido, com as suas especificações;</p> <p>V - o valor da causa;</p> <p>VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;</p> <p>VII - a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação.</p>

Apesar, de ambos os *caput* enunciarem que a petição inicial “indicará” os elementos a que se refere, tal indicação guarda pertinência com o conteúdo, pelo que melhor teria se expressado o Código se dissesse que a petição inicial “conterá” os elementos indicados nos seus incisos, conforme pontua Alvim (2015).

O primeiro requisito se reporta à indicação a quem compete processar e julgar a demanda, “sendo este o cabeçalho que encima esta peça introdutória do processo” (ALVIM, 2015, p. 352). A indicação é de basilar relevância por se tratar de ato de comunicação de vontade e de conhecimento destinado a noticiar ao Estado qual órgão que o demandante tem por competente para conhecer de sua causa (CÂMARA, 2014). Cabe salientar que a leitura do atual Código leva ao equívoco de que é pessoal a indicação, erro que foi naturalmente sanado pelo novo dispositivo. “O Código comete, nesse dispositivo, uma impropriedade de redação que decorre de uma praxe forense. Confunde-se, no texto da norma, o juízo (ou seja, o órgão jurisdicional) com a pessoa natural do juiz.” (CÂMARA, 2014, p. 356). Nas palavras de Alvim (2015, p. 318), “o novo Código melhora na redação do Código anterior, porque este falava em ‘juiz’, que é a pessoa física que exerce a jurisdição dentro do ‘juízo’, também denominado ‘vara’, sendo este o órgão jurisdicional ao qual a petição é dirigida.”

Já no que concerne à individualização das

partes, ou seja, elementos subjetivos parciais da lide, com suas correspondentes qualificações, não houve uma mudança de tratamento, mas uma extensão, posto que, segundo o novo Código, também é necessário constar o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) em se tratando, logicamente, de pessoa natural e o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) quando se referir a pessoa jurídica (empresas, associações, entidades, por exemplo). Prática comum da praxe forense – afirmam Gama Júnior e Leite (2015). Em alguns Estados-membros, há Resoluções, Instruções Normativas ou atos equivalentes dos Tribunais de Justiça determinando a qualificação das partes necessariamente com o número dos documentos. Chegam a detalhes, como exemplo, a determinação do Tribunal de que, em não sabendo o autor da petição inicial, e não tendo como conseguir, os números dos documentos do requerido, que haja na petição inicial um requerimento próprio para que o Oficial de Justiça, no ato da citação, colha tais numerações, para instrução correta do processo.

Por outro lado, nas palavras doutrinárias,

A indicação do número no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), conforme a natureza do demandante, faz que o novo Código considere, para fins de *acesso à justiça*, apenas o *contribuinte*, ou o que, apesar de isento, esteja no cadastro

perante a Receita Federal do Brasil; com evidente afronta à Constituição que não restringe esse acesso em função de ser ou não o demandante um contribuinte tributário (ALVIM, 2015, p. 318).

“Pode, no entanto, suceder que a indicação do número do CPF tenha especial relevância para individuar a parte, tal como ocorre em ações relacionadas a direito tributário ou previdenciário, e nestes casos, poder-se-á exigir este dado.”, contrapõe Medina (2015, p. 527). “Com efeito, a indicação do CPF contribui para ‘preservar’ o grau de certeza quanto à individualização do pólo passivo da demanda, tudo destinado a eliminar problemas decorrente da homonímia.” (STJ, REsp 1.384.085/AM. rel. Min. Herman Benjamin, 2.º T., j. 15.08.2013 *apud* MEDINA, 2015, p. 527).

Em oposição ao entendimento de Alvim, pode ser alegado ainda a própria lei seca que relativiza tal imperativo quando a obtenção de tais informações tornarem-se excessivamente oneroso ou representar barreira ao acesso à justiça. Corroborando, segue transcrição da lei:

Art. 319. [...]

§ 1.º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2.º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3.º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Outra singularidade consiste na indicação de existência ou não de união estável, e no endereço eletrônico – compreendido de forma ampla abrangendo *e-mail*, *facebook*, *twitter* e demais redes sociais. Logicamente, não se poderá configurar a inépcia por faltar tais itens da qualificação, já que nem todas as pessoas possuem endereço eletrônico ou até mesmo acesso à internet. Igual tratamento é dispensado à união estável, por nem todas serem constantes de contrato, Escritura Pública Declaratória perante Tabelião de Notas, ou Sentença judicial. Depreende-se, então, que tais formalidades serão facultades, apenas para uso da celeridade processual. É o típico caso de se ler, ainda que mentalmente, algo como “se houver” ou “se for o

caso”, após tal expressão.

Convém consignar que o fato e os fundamentos jurídicos do pedido foram mantidos em virtude da Lei 13.015 adotar a exemplo da lei que a precede à teoria da substanciação, “segundo a qual se exige do demandante indicar, na petição inicial, qual fato jurídico e qual a relação jurídica dele decorrente.” (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 448).

A expressão “fato” compreende, aqui, todo acontecimento do mundo exterior, capaz de produzir consequências jurídicas, alcançando os fatos jurídicos, os atos jurídicos e os negócios jurídicos. Quando essas consequências são estimuladas ou sancionadas pela ordem jurídica, dizem-se fato, ato ou negócio jurídico lícito; e, quando desestimuladas ou penalizadas pela ordem jurídica, dizem-se fato, ato ou negócio jurídico ilícito. Portanto, a expressão “fato” tem conteúdo de direito material, correspondendo ao fato constitutivo do direito do autor ou fato constitutivo da ação, portanto, é um fato jurídico (ALVIM, 2015, p. 357).

“Por fundamento jurídico, entende-se a causa de pedir, ou a *causa petendi*, ou a causa da ação, isto é, o a razão ou motivo pelo qual se exercita a ação.” (ALVIM, 2015, p. 357).

A indicação em comento limita a atividade do magistrado, que não pode conferir ao autor bem da vida em desconformidade com o enquadramento jurídico dado ao fato... Perceba-se que o autor não está obrigado a indicar os artigos da lei que embasariam sua pretensão, em atenção ao brocardo da *mihī factum dabo tibi jus* (dai-me o fato que eu te darei o direito). Ao invés disso, necessário que se encontrem presentes, na inicial, os denominados elementos da ação, que nada mais são do que as partes, a causa de pedir e o pedido, ou, numa linguagem mais, “quem, por que e o que se pede” (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 316).

“Dito isso, importa devotar-se ao ‘elemento central da petição inicial pois expressa o provimento jurisdicional que o autor espera obter. Vale dizer, o pedido é a solução que o autor pretende seja dada a situação reclamada’.” (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 366).

Justamente por retratar a pretensão em si, o que o autor deseja que o Poder Judiciário lhe outorgue, é que o pedido deve ser certo e/ou

determinado. “Pedido certo é pedido expresso, pelo menos no que respeita ao gênero do objeto pretendido. Determinado é o pedido cujo objeto foi individuado quanto ao gênero e a quantidade.” (NUNES, 2011, p. 518).

Ainda quanto à doutrina, diz-se que o pedido

é o veículo da pretensão manifestada pelo autor. Divide-se em pedido imediato (um provimento jurisdicional, que no módulo processual de conhecimento é a sentença de mérito) e pedido mediato, que corresponde à tutela de um bem da vida. Trata-se de elemento cuja importância para o processo é extrema, já que julgar o pedido delimita o objeto do processo. Julgar o pedido, como já se afirmou anteriormente, é julgar o próprio *meritum causae* (CÂMARA, 2014, p. 358).

Câmara (2014) faz uma clara referência ao princípio da congruência, segundo o qual a prestação jurisdicional não pode ser dar a esmo, assim como não se julga aquém do pedido, além do pedido, fora do pedido ou à margem do pedido. A Sentença é, pois, norteadada pelo pedido. Melhor dizer que o pedido vincula a jurisdição e, conseqüentemente, a Sentença. A base legal de tal princípio se encontra nos seguintes artigos do Código Buzaid (CPC de 1973, em vigor):

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como ordenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Urge abordar os incisos V e VI (que têm igual dicção tanto no artigo 282 do CPC de 1973, quanto no artigo 319 do CPC de 2015). Tratam do valor da causa e das provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Em relação ao primeiro inciso, preleciona Didier Júnior (2014, p. 451) que “não há causa sem valor, assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo, expressões tão frequentes quanto equivocadas na praxe forense. O valor da causa deve ser certo e fixado em moeda nacional.” E “deve corresponder ao conteúdo econômico do que está sendo postulado, e não daquilo que é efetivamente devido.” (GONÇALVES, 2012, p.

305). Por derradeiro “o valor da causa tem importância para diversos fins, como, por exemplo, para determinar a competência em razão do valor, quando for o caso, o valor das custas e da Taxa Judiciária, a fixação dos honorários advocatícios, também quando for o caso, etc.” (ALVIM, 2015, p. 361). No que se concerne ao segundo “a doutrina é unânime em entender que o requisito não significa a obrigatoriedade de o autor informar detalhadamente, tudo quando pretende provar, mas tão somente os meios de prova de que servirá para tanto.” (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 368). Entretanto,

nem sempre, porém, tais provas serão necessárias, ou porque os fatos já estarão suficientemente comprovados por documentos, acostados à petição inicial, ou porque a matéria, sendo exclusivamente de direito não exige senão o conhecimento do juiz sobre a norma que incide no caso (*jura novit curia*) (ALVIM, 2015, p. 361).

Imperativo versar sobre o último requisito que realmente foi uma mudança mais profunda em virtude da inexistência da não referência à citação do réu, na redação do CPC de 2015 em comparação com o texto de 1973, e adoção de audiências de mediação e conciliação. Gama Júnior e Leite (2015) explanam que a inutilidade do dispositivo foi a base adotada pelo NCPC para o excluir do rol de exigências formais.

No atual CPC (de 1973, em vigor) “incumbe ao autor o ônus de promover a citação, ou seja, dar ao Estado os elementos necessários para que a citação possa ser realizada.” (CÂMARA, 2014, p. 362). Uma vez que “a relação processual só se aperfeiçoa com a citação do réu, motivo por que o autor deverá requerer essa providência [...]” (NERY JÚNIOR; NERY, 2014, p. 684). Acrescenta-se ainda que “o requerimento tem, ainda, sentido porque, dado o princípio dispositivo, ninguém é obrigado a litigar contra determinado réu. Daí a necessidade de a citação ser requerida para poder ser deferida pelo juiz.” (NERY JÚNIOR; NERY, 2014, p. 684).

No entanto,

seria incoerente pensar que, ajuizada ação contra o réu, o autor poderia não querer contra ele litigar, dispensando-se, assim, a sua citação. Ao pedir que o Judiciário conceda tutela em desfavor do réu, está manifestada a intenção de contra este demandar, e satisfeita está a finalidade

daquele requerimento formal previsto na lei processual revogada (MEDINA, 2015, p. 319).

Há o seguinte compartilhamento da mesma opinião:

Não mais exige o novo Código que a petição inicial contenha o requerimento para a citação do réu (CPC/73: Art. 282, VIII), o que sempre me soou excessivo, por ser inteiramente descabido, em face do disposto no inc. LV do art. 5.º da Constituição, que já assegura de forma expressa, “aos litigantes, em processo judicial, o contraditório e a ampla defesa, e da doutrina que vem considerando o processo como “procedimento em contraditório” (Fazzalari). É que o fato de o autor não fazer o requerimento para a citação do réu, não eximia o juiz de determiná-la em cumprimento ao preceito constitucional. Em boa hora, o novo Código suprimiu a exigência de indicar a petição inicial o requerimento para a citação do réu (ALVIM, 2015, p. 319).

Sintetizando, nas palavras de Calmon de Passos (*apud* ALVIM, 2015, p. 319) “quem pede e fundamenta o que pede, indicando quem deve prestar implicitamente, já postula a citação daquele que pretende compelir a vir a juízo.”.

Na sequência da fundamentação, transcreve-se o seguinte:

Abrem-se os olhos às modalidades não judiciais para a resolução de conflitos, por serem meio consensuais, mais baratos, mais céleres, enfim, meios perseguidos obsessivamente como uma forma de desafogar o sistema judiciário. As dificuldades que afligem a sociedade quando necessitam do serviço judiciário têm conduzido processualistas a propor outras vias para a resolução dos conflitos em que a ruptura com formalismo processual segue como tendência (PAUMGARTTEN, 2015, p. 439).

Tende para o mesmo sentido o alegado:

A mescla dessas técnicas de dimensionamento de litígio se faz momentaneamente necessária pela atávica característica do cidadão brasileiro de promover uma delegação da resolução dos conflitos ao Judiciário, fato facilmente demonstrável pela hiperjudicialização de conflitos, mesmo daqueles que,

ordinariamente, em outros sistemas, são resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante a autocomposição (THEODORO JÚNIOR et al, 2015, p. 241-242).

Em complemento ao argumento,

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendida como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 207).

“A autocomposição é uma das formas de solução de conflitos em que os próprios conflitantes, envolvidos no núcleo da disputa, se dispõem a resolvê-lo, sem violência, mediante ajuste de vontade e sem intervenção de um terceiro.” – explica Paumgarten (2015, p. 445).

A mediação, uma das espécies da autocomposição,

assemelha-se à conciliação, uma vez que ambas visam à autocomposição. Dela se distingue somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva debater o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo (NUNES, 2011, p. 33).

De forma mais detalhada “a conciliação ou a *settlement conference* como é conhecida no direito inglês, é um método autocompositivo atípico em que as partes negociam para chegar a um acordo, auxiliadas por um terceiro imparcial.” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 445). Ressalta ainda a autora que

Mediar não significa o mesmo para todos. Centralizando o conceito de mediação na figura do terceiro, destaca-se o importante papel facilitador do acordo, enquanto especialista na matéria em litígio, ou ainda, na tarefa que esse terceiro imparcial desempenha ao instigar os indivíduos no aprofundamento da avaliação de suas

respectivas posições em um conflito, a fim de chegarem a uma solução por si próprios (PAUMGARTTEN, 2015, p. 465).

“Isso induzirá uma necessária mudança do comportamento não cooperativo e agressivo das partes, desde o início sob a égide do CPC/2015, em face da possibilidade inaugural de realização da audiência de conciliação ou mediação do art. 334.” (THEODORO JÚNIOR et al, 2015, p. 242). Dizem os mesmos autores ainda que “isso demonstra que, além de mudanças técnico-dogmáticas, o Novo CPC promoverá, desde que bem entendido, uma mudança da racionalidade dos sujeitos processuais de modo a aprimorar tecnicamente o uso do processo democrático.”. O que trará uma nova perspectiva sobre a petição inicial, já que passará a ser entendida como um instrumento preparatório de um potencial acordo.

Em meio a essa euforia, ante esse instituto que visa à celeridade processual, justiça efetiva e um processo mais símile com os ditames constitucionais e as garantias individuais, Alvim (2015, p. 319) acredita que tais audiências (subtende-se: audiências de mediação e de conciliação), não acontecerão tão logo entre em vigor o Novo Código, pois afirma que “será *pouco provável* que, enquanto não forem instituídos órgãos *específicos* com essa finalidade, venham os juízes a designar audiência, para tentar a conciliação ou a mediação das partes.”

Obviamente, deixou de considerar, o ilustre autor, que o Conselho Nacional de Justiça praticamente impôs aos Tribunais, e estes aos Diretores do Foro das maiores cidades brasileiras, a criação do Centro Judiciário de Conciliação e Cidadania (CEJUS). Tal órgão é auxiliado por voluntários – notadamente, estudantes de Direito dos últimos Períodos; Professores das Faculdades das áreas de Direito, Sociologia e Psicologia; e titulares dos serviços extrajudiciais (Serviços de Registros e Tabelionatos de Notas). O CEJUS, normalmente, faz audiências todos os dias, em dois expedientes, quando os feitos já estão ajuizados. Neste caso, há colaboradores, voluntários, especializados em conciliação e em mediação. Também há conciliação em fase antejudicial, normalmente junto aos Serviços de Assistência Judiciária das Faculdades de Direito. Assim, antes de a demanda começar, há pessoas (Estudantes, supervisionados pelos Professores Orientadores, no caso de Serviços de Assistência judiciárias dos Cursos de Direito) treinadas para tentar o consenso

entre as partes. E, se já em andamento a causa perante o Poder Judiciário, há grupos de voluntários treinados para intermediar, visando ao bom acordo, ao fim do feito com maior celeridade. Isto, antes de o Novo CPC fazer tal exigência. Com a nova determinação do CPC de 2015 de que haja audiências de conciliação e mediação, a estrutura do CEJUS mais do que poderá ser utilizada, terá ampliada participação.

Patente observar que a mediação ou conciliação só não acontecerão quando o objeto da lide for indisponível ou quando as partes – necessariamente autor e réu, não tiverem interesse na composição. Ademais, em consonância os ditames do novo CPC, é imperativa a presença das partes nessas audiências, e o não comparecimento injustificado configura ato atentatório a dignidade da Justiça punível com multa de até 2% sobre vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. É o que resulta do que se lê no art. 334, § 8.º, da Lei 13.105, de 16 mar. 2015, que instituiu o Novo CPC. Tal situação cogente traz diferença das conciliações e mediações até agora levadas a efeito pelo CEJUS, fundadas no CPC de 1973, uma vez que a ausência das partes nas audiências para as quais são intimadas não têm repercussão quanto a prazos, época para alegação de nulidades processuais e não há perda do direito da prática do ato que, pelo procedimento processual civil, deveria ser praticado na primeira audiência seguinte ou teria termo inicial a partir da oportunidade de conhecimento do fato.

Por derradeiro, as audiências poderão ser, nos termos da Lei, realizadas por meio eletrônico. E o acordo obtido será reduzido a termo e homologado por uma Sentença.

4 EMENDA À INICIAL

Válido abordar um tópico que levou a maioria dos advogados, senão todos, a comemorar; e os juízes, à indignação: emenda à petição inicial. Chama-se “emenda à petição inicial a possibilidade que o juiz confere à parte autora, no momento em que lhe é apresentada a petição inicial, de sanar eventual incorreção ou até mesmo omissão nela contida.” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 87). Melhor dizer que “se a petição inicial estiver irregular, por lhe faltar algum dos seus requisitos, deve o magistrado intimar o autor para corrigi-la, emendá-la” (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 452).

Dispõe o art. 284 do CPC de 1973:

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou complete, no prazo de 10 dias.

Para Marinnoni e Arenhart (2012, p. 87), implica que “se a petição inicial não possui requisito que lhe é indispensável ou contém defeito ou irregularidade sanável, o juiz tem o dever de conferir ao autor a possibilidade de emendá-la.”. A emenda é um conserto, um acréscimo ou uma correção do texto inicialmente protocolizado.

Por óbvio, já é sabido que o novo CPC não só recepcionou tal regra como também a expandiu, conforme dispõe o art. 321, *verbis*:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Primeira coisa que se nota é a extensão do prazo que de dez dias, que passa a ser de quinze dias. Os prazos de diferem não apenas em sua extensão, mas também na contagem. No CPC vigente, conta-se o prazo de dez dias de maneira corrida; no vindouro CPC, apenas dias úteis.

A principal distinção é que a partir da vigência da Lei 13.015, de 2015, o juiz deverá indicar, precisamente, o que o autor deverá corrigir ou completar. Pelo CPC ainda em vigor, o juiz apenas determina que a petição inicial seja emendada, sem obrigação de indicar em que ponto, pelo menos, com detalhes. Motivo pelo qual foi dito que aos juízes coube, com o novo CPC, uma tarefa que lhes causa indignação, pois, na prática, terão que ensinar aos advogados a peticionar, ao indicarem, obrigatória e “precisamente”, o que deve ser corrigido.

Elencam Theodoro Júnior et al que

Na perspectiva de dever de esclarecimento, que faz parte do dever de cooperação do juiz com os litigantes, observa Barbosa Moreira que, “no propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, tem-se

cogitado conferir ao juiz a faculdade (ou mesmo o dever), de prestar-lhes informações sobre os ônus que lhe incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementa suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar alegações.” (THEODORO JÚNIOR et al, 2015, p. 84).

Na perspectiva dos autores ora transcritos, tal premissa maximiza o funcionamento processual, posto que, de um lado, propicia ferramentas de fiscalidade ao comportamento de todos os envolvidos; e, de outro, compele o processo a ofertar a magnificência de sua atividade, sem idas e vindas resultantes, por exemplo, da esperteza do procurador, advogado, ou do desinteresse do juiz em analisar argumento de fundamental importância para o deslinde do caso.

“A emenda apresenta dupla função: ao mesmo tempo em que se destina a esclarecer o juiz sobre os elementos da causa, também se presta a dar, ao réu, exercê-la totalmente caso tenha perfeita apreensão do que está expresso na petição inicial.” (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 370).

Todavia, cabe um diagnóstico mais apurado se tal imperativo, apesar das boas e honradas intenções, não veio para dar novas oportunidades aos advogados, quando iniciam um feito judicial, ou tornar o juiz “pedagogo”. Isto porque, se a petição inicial é um instrumento de trabalho do advogado, pressupõe-se que ele saiba como elaborá-la de forma apta à produção de efeitos pretendidos pelo seu cliente-constituente. Em uma comparação com uma situação corriqueira, quando uma dada pessoa contrata um pintor civil, ela espera que ele saiba que para tinta automotiva não é aconselhável usar pincel; mas, sim, pistola. Do mesmo modo, o pedreiro: pressupõe-se que este saiba nivelar paredes; ou que a cabeleira saiba cortar cabelos e que, em caso de eventual deslize, esta possa consertar o corte antes mesmo que a cliente lhe aponte o defeito.

Ademais, as partes em relação uma com a outra estão em posição de horizontalidade e o Estado-Juiz em posição de verticalidade, quer dizer que se encontra acima das partes e equidistante delas. E sob uma óptica, puramente teórica, dada à impossibilidade da prática, o que se afere é uma relativização do princípio da imparcialidade já que o juiz não mais estará equidistante das partes mas em cooperação com estas. Mesmo que não tivesse tal dispositivo, não impediria de haver uma relação

triangular cooperativa desde que o objeto da cooperação do juiz fosse o processo, e não as partes, porque, querendo ou não, isso acaba por aproximar o juiz mais de uma parte do que da outra.

Em contrapartida, afirmam Theodoro Júnior et al (2015) que tal extensão vai ao encontro de um processo constitucional democrático. E, para Alvim (2015), o dispositivo serve a um só tempo tanto ao interesse da parte que exige uma prestação jurisdicional quanto ao Estado-juiz quem tem o dever constitucional de prestá-lo.

Em face da leitura do artigo 319 do novo CPC, em comparação com o artigo 282 do CPC de 1973, é claramente perceptível que a petição inicial não foi drasticamente alterada, haja vista que continua a ser um ato formal do qual se exige o atendimento a certos requisitos legais. Mas, tal qual era a proposta do Novo Código de Processo Civil, considerado em sua totalidade, houve inovações em virtude das necessidades decorrentes da atual realidade social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões tratadas não se esgotam nesse estudo, levando em consideração que a aplicação da norma no caso concreto sempre enseja adequações e abre oportunidade para novos estudos. Exatamente porque o corpo da lei não é perfeito; e nunca será.

Fato é que houve modificações há muito desejadas pela doutrina e exigidas ante o exercício das atividades forenses. Cabe, então, aos operadores do Direito, ficarem atentos a essa oportunidade ímpar de vivenciar a transição do velho para o novo Códigos; e fazerem as corretas adequações das atividades jurídicas aos comandos insertos no novo CPC. Sem mencionar a oportunidade de construir e/ou fazer parte da construção doutrinária que futuramente irá orientar o entendimento de vários dispositivos, não apenas quanto à doutrina, como também nas questões jurisprudenciais.

Por derradeiro, convém mencionar que só depois de findo o período da *vacatio legis* é que será possível aferir quais institutos trouxeram mudanças. E se as mudanças trazidas atenderam às expectativas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao novo código de processo civil: lei 13.105/15: arts.*

260 ao 329. v. 4. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Republicado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 jul. 2006.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podvum, 2014.

GAMA JÚNIOR, Antônio; LEITE, Gisele. A petição inicial e as novidades no novo código de processo civil. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-peticao-inicial-e-as-novidades-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 14 set. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*

e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OS NOVOS RUMOS DA ARBITRAGEM

Washington Henrique de Oliveira¹

RESUMO

Este trabalho possui como objeto de estudo os métodos alternativos de resolução de controvérsias, enfatizando a arbitragem. Nesse estudo, busca-se compreender a evolução histórica dos referidos métodos e sua aplicação no ordenamento pátrio, visto que o conflito é inerente ao ser humano. E, na medida em que a sociedade evolui, novas formas de solução de litígios são criadas e melhoradas. Para realização do referido trabalho, foi utilizada pesquisa doutrinária e demais fontes teóricas, com vistas a responder o questionamento: estaria o Brasil caminhando para a institucionalização da Justiça privada? Por fim, busca-se saber se essa nova realidade favorece a própria prestação jurisdicional, que passa a se ocupar de causas que verdadeiramente não podem ser transacionadas.

Palavras-chave: Arbitragem. Métodos extrajudiciais, Justiça privada.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o Estado brasileiro intervém cada vez menos na vida privada. É o fenômeno denominado desjudicialização quanto às demandas, com a criação de canais alternativos para solução dos conflitos sem a interferência do Poder Judiciário.

O presente trabalho visa demonstrar, com utilização de análise doutrinária e estudo de dados, que o legislador opta cada vez mais pela não interferência, na esfera particular de vida dos jurisdicionados, pelo que se questiona: estaria o Brasil a caminhar para institucionalização da Justiça privada?

Com o advento das formas alternativas de resolução de conflitos, surgem diversas modificações no âmbito do ordenamento brasileiro com vistas a preservar a liberdade individual. Abre-

-se uma gama de opções para que os indivíduos envolvidos em litígios de menor complexidade, os chamados direitos disponíveis, possam saná-los sem recorrer ao Poder Judiciário. E este incentivo se dá por meio de paulatino e constante incentivo à implantação de métodos extrajudiciais de composição de conflitos.

Este estudo analisa o fenômeno no qual o Estado, deliberadamente, diminui o número de situações em que efetivamente há a sua atuação, facilitando e instituindo a Justiça do consenso. Calcando caminho para a institucionalização de um modelo privado de Justiça, com vistas a atender a celeridade do procedimento e a facilidade de resolução de conflitos sem a complexidade da marcha processual.

A princípio, esse movimento vem dando causa a uma Justiça célere e dinâmica, acabando por permitir a solução de conflitos de menor complexidade às margens do Poder Judiciário e fomentando a pacificação social, uma das funções inerentes ao Estado. Movimento este que tende a se solidificar no ordenamento pátrio com a chegada da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código do Processo Civil (NCPC), que passa a vigorar em 2016.

2 JUSTIÇA PRIVADA

O homem não vive sozinho. Existe uma vontade ou necessidade natural de socialização intrínseca a espécie humana como já dizia Rousseau (2015, p. 23), que completa:

Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, se não formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo.

¹ Acadêmico do Oitavo Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Neste prisma, o homem aliena sua liberdade individual e ganha uma liberdade civil, paz e segurança estatal. Daí se extrai que a vida em comunidade lhe é necessária e indispensável, somente no seio da sociedade é possível ao homem se desenvolver. Quer desse convívio social inerente ao homem, quer deste contrato social firmado, surgem conflitos ou lides, definida na concepção clássica do processualista Carnelutti (2002, p. 14), como “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.”.

Para resolução desta querela se faz necessária a presença de certos meios de resolução de conflitos. Em um primeiro momento, os conflitos eram resolvidos pela autotutela, na qual a vontade de um se impunha a do outro. Nesse sentido assevera Nunes (2012, p. 31), “Consiste a autotutela na solução do litígio pela imposição da vontade de um dos interessados sobre a vontade do outro. Trata-se de solução egoísta e parcial dos conflitos, vedada por nosso ordenamento como regra geral.”.

Utilizada nas civilizações primitivas na ausência do Estado, a autotutela foi firmada como a primeira forma de resolução, com fortes traços rudimentares. Essa resolução dos conflitos não tinha a influência de terceiros. Era feita com as próprias mãos e, por isso, uma vontade se impunha à outra, pela força, cunhando uma verdadeira “lei dos mais fortes”.

Com o decorrer do tempo, firmado o chamado “contrato social”, o homem aliena a vida livre pela segurança. Cria-se o Estado e este passa a ser o responsável pela resolução dos conflitos, avocando para si a resolução das mais diversas lides. O Estado torna-se o responsável, o senhor da jurisdição. Significa dizer, senhor em dizer o direito (Juris = direito; dicere = dicção, dizer), conforme ensina Nunes (2012, p. 4): “À função de compor os litígios, de declarar e realizar o direito dá-se o nome de jurisdição (do latim *juris dictio*, que significa dizer o direito).”.

O ente estatal passa a aplicar a norma jurídica ao caso concreto, através de uma sistemática repartição de competência, especializando a prestação jurisdicional, exercida em última análise pelos juízes de direito. Os juízes examinam e resolvem os conflitos, com vistas a resguardar a paz e o império da norma jurídica, dirimindo os litígios, assegurando a propriedade, a liberdade, a vida, dentre outros direitos individuais e coletivos.

Hodiernamente, a jurisdição sofre descrédito e se torna insuficiente, pois o excesso de

formalismo e a morosidade acabam por desprestigiá-la junto ao público. Ante à impossibilidade de o Estado cuidar com eficiência da solução de todos os conflitos sociais, começa a tomar corpo a Justiça negocial ou privada. O Brasil calca caminho para este viés, instituindo os meios extrajudiciais de resolução de conflitos e passando a não interferir na vida privada dos indivíduos.

Conforme escreve Bueno (2013, p. 49),

Muito se tem difundindo nas doutrinas nacional e estrangeira quanto a necessidade de serem pensados meios alternativos de solução de conflitos, assim entendidos os métodos ou formas de solução de conflitos intersubjetivos que não envolvam, ou até mesmo, que dispensem em maior ou menor grau a participação do poder judiciário e consequentemente o exercício da função jurisdicional.

O Estado brasileiro começa a se desfazer da competência anteriormente avocada, repassando a prestação jurisdicional aos jurisdicionados, por meio da chamada “fuga do Judiciário”, ou seja, novas formas de resolução de controvérsias fora dos tribunais.

Este novo processo compreende os meios extrajudiciais de resolução de conflitos da Lei 9.307, de 1996, que estabeleceu legalmente no país a conciliação, a mediação e a arbitragem, oferecendo ao jurisdicionado outras modalidades de resolução de conflitos além do Poder Judiciário.

As formas alternativas de solução de conflitos, também denominadas de equivalentes jurisdicionais ou Métodos Extrajudiciais de Soluções de Conflitos (MESCS), ou ainda de Métodos Alternativos de Soluções de Conflitos (MASCS). Consistem na resolução de conflito fora do âmbito dos Tribunais por meio da conciliação, mediação e arbitragem. Sobre o tema, ensina Neves (2010, p. 5):

O Estado não tem por meio da jurisdição, o monopólio da solução dos conflitos, sendo admitidas pelo direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos.

Esses novos métodos tomam corpo após a criação da Organização das Nações Unidas

(ONU). A ONU, no âmbito do Direito Internacional, adota e incentiva a utilização dos métodos alternativos para solucionar controvérsias, fomentando a resolução pelos institutos negociais. Segundo Calmon (2004), as Nações Unidas vêm incentivando a resolução consensual de controvérsias, com a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, uma realidade cada vez mais presente e recorrente, não só internacionalmente, mas também dentro das fronteiras do Estado brasileiro.

No Brasil, o acesso à Justiça, somente via Poder Judiciário, vem sendo paulatinamente mitigado pelas várias formas de resolução de controvérsias, dentre as quais se afiguram a mediação, a conciliação e a arbitragem, que são os chamados métodos alternativos para solução de conflitos, com vistas a alcançar a pacificação social com a mínima interferência do Estado. Conforme ensina Benetti (1999, p. 101),

No Brasil atualmente, muito se fala acerca da morosidade e ineficiência da Justiça estatal. Com o advento da chamada “Reforma do Judiciário”, pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. A referida emenda foi o primeiro passo em direção a Justiça do consenso, que agora começa a tomar maiores proporções no país.

Assim sendo, o Estado-Juiz delega a prestação jurisdicional às partes diretamente envolvidas. A jurisdição se torna mais efetiva e passa a se ocupar das questões que realmente não podem ser transacionadas, as de direito indisponível, as quais devem ser analisadas pelo Julgador, no âmbito do processo judicial. Pode-se dizer que o Estado brasileiro caminha para instauração da Justiça privada como uma alternativa ao processo judicial.

Embora sejam usados como sinônimos, cada um dos meios alternativos de composição de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem) possui sua própria característica definidora, que o torna único no âmbito da resolução privada de controvérsias. Faz-se necessário o conceito sucinto de cada método, para que se possa engendrar melhor a ideia do presente trabalho para passar a se focar especialmente nas espécies utilizadas no Brasil, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

2.1 A Conciliação

A conciliação é uma alternativa de solução extrajudicial de conflitos caracterizada pela

voluntariedade das partes. De acordo com Bueno (2013, p.51). “A conciliação é também um meio alternativo de solução de conflitos porque ela representa, em última análise, a vontade dos próprios envolvidos no litígio para sua solução.”.

Na conciliação, um terceiro imparcial buscará, em conjunto com as partes, chegar a um acordo, interagindo junto aos envolvidos. O conciliador tem liberdade para sugerir soluções para o litígio. A conciliação é amplamente incentivada na fase processual. Ao Magistrado é dada pela legislação oportunidades para a busca da conciliação. Tanto é verdade, que o artigo 125, IV, do Código de Processo Civil, de 1973, ainda em vigor prescreve: “ao juiz compete tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”.

Na tentativa de privilegiar o instituto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme Freire (2015), passou a partir de 2005, promover a “Semana Nacional de Conciliação”, campanha de realização anual, que envolve todos os Tribunais nacionais, e que seleciona os processos com possibilidade de acordo e há a intimação das partes envolvidas para uma audiência de conciliação, visando a solucionar o conflito. A medida visa reduzir o estoque de processos na Justiça brasileira, nas palavras constantes da página eletrônica do CNJ. O balanço divulgado no portal do CNJ afirma que em 2013 mais de 375 mil audiências de conciliação foram realizadas. O montante envolvido nos acordos foi de mais de um bilhão de reais. Estudos mostram que a Semana Nacional de Conciliação está fazendo da conciliação uma alternativa rápida e célere para resolução de conflitos.

2.2 A Mediação

Sobre o tema, fala Bueno (2013, p. 50): “A mediação é uma forma alternativa de solução de conflitos em que um mediador (um terceiro neutro em relação aos envolvidos), estimulará as partes a colocarem fim, a um litígio existente.”.

Esse terceiro não impõe decisões às partes: apenas guia as pessoas envolvidas, como um farol à ilha de entendimento comum, em que seja possível a solução da controvérsia sem necessidade de acionamento do processo judicial.

Sobre a mediação, dispõe Nunes (2012, p. 32):

A mediação também é uma técnica de estímulo à autocomposição. Um terceiro imparcial ao conflito (mediador), munido de

técnicas adequadas, ouvirá as partes e oferecerá diferentes abordagens e enfoques para o problema, aproximando os litigantes e facilitando a composição do litígio.

Todo o procedimento se norteia pela informalidade. A ata de mediação pode ser, inclusive, verbal, embora melhor seria que seja escrita na presença de, pelo menos, duas testemunhas. Isto porque, conforme art. 585, inciso II, segunda parte, do Código de Processo Civil (CPC), um documento particular, quando assinado pelo devedor e por duas testemunhas, passa a ter caráter de título executivo extrajudicial. O que, sem dúvida, favorece um prosseguimento do feito, se necessário for, pois passa-se a uma fase equivalente à execução de título extrajudicial e, não, com o início de um processo judicial de cognição ou de conhecimento.

As partes envolvidas na sessão de mediação devem gozar de capacidade civil plena, nos termos do Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/02). Os interesses em jogo devem ser os chamados interesses disponíveis.

O Brasil começa a valorizar a instituição de uma Justiça privada, como se demonstra a seguir esmiuçando o instituto da arbitragem como forma de composição de conflitos, e sua nova perspectiva no ordenamento pátrio, analisada em tópico próprio, por se tratar do foco do presente trabalho.

3 A ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO

Arbitragem como instrumento de solução de conflitos nasceu na mais remota Antiguidade, visto que a humanidade sempre buscou caminhos para solucionar as mais diversas lides, advindas dos negócios e das relações humanas, que ainda hoje exigem respostas. Sobre a antiguidade do instituto da Arbitragem, afirma Neves (2010, p. 38):

A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeterem a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.

De acordo com Soares (2004, p. 122), “A arbitragem realmente ganha força expressiva e importância a partir do século XIX, a com a criação

da ONU e a Organização dos Estados Americanos (OEA).”.

Com a promulgação da Lei 9.307, em 1996, consolidam-se os contornos legislativos definitivos da instituição da arbitragem no ordenamento pátrio. O sistema jurídico brasileiro passa a consagrar uma nova modalidade de acesso à Justiça e de solução dos litígios ao regular a arbitragem privada, como alternativa para a decisão de demandas na qual se prima pelo princípio da disponibilidade da vontade das partes. Sobre o tema, alude Nunes (2012, p. 34):

Regulada pela Lei n. 9307/96, a arbitragem é instituída mediante negócio jurídico denominado convenção de arbitragem, que compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A convenção de arbitragem é pressuposto processual negativo do processo, ensejando a extinção do feito sem resolução do mérito.

De tempos remotos aos dias atuais, a sociedade continua a conflitar. As divergências exigem soluções cada vez mais eficazes e velozes. Uma Justiça rápida e não onerosa. Por isso, a arbitragem cresce entre os brasileiros. Na área empresarial, nota-se a maior incidência da arbitragem. Segundo dados do Tribunal Central de Arbitragem (TCA) (CRESCIMENTO, 2015), mais de 90% dos contratos assinados entre empresas trocaram o Poder Judiciário pelas câmaras arbitrais para a solução de conflitos. Os dados se referem a empresas de médio a grande portes, e indicam que a massa empresarial prefere os meios extrajudiciais para solucionar suas disputas.

Como forma de acesso à Justiça e de solução dos litígios, a arbitragem privada passou a existir de fato no País sob essa nova perspectiva de valorização, tomando corpo e forma aos poucos, e aplica-se a tipos de demandas em que, *prima facie*, prevalece o princípio da disponibilidade da vontade das partes. Essa nova forma de composição da controvérsias jurídicas enfatiza a autonomia da vontade, à disponibilidade e a vontade dos indivíduos negociarem por intermédio da Justiça privada seus bens jurídicos disponíveis; conferindo aos cidadãos o direito e o poder de solucionar o litígio.

Sobre o tema, ensina Bueno (2013, p. 49):

A arbitragem é, certamente, a forma alternativa de solução de conflitos mais

difundida no direito brasileiro da atualidade. Até porque, ela, que era regulada expressamente pelos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, ganhou, com a Lei n.º 9.307/1996, disciplina própria, remodelada e fora do Código de Processo Civil.

Outro ponto a ser analisado é a realidade fática brasileira demonstrando que a administração da Justiça pública não pode conhecer todas as controvérsias jurídicas. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Relatório de Justiça em Números 2014 (BRASIL, CNJ, 2015), revelam que dos 95,1 milhões de processos que tramitaram no Poder Judiciário brasileiro no ano de 2013, 85,7 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 90% do total. Segundo o Órgão “Revelam também que o primeiro grau baixou 23 milhões de processos, a demonstrar que sua capacidade produtiva anual é de apenas 27% da demanda (casos novos + acervo) imposta à sua apreciação.”. Tais números demonstram que, para dar vazão aos processos já instalados, seria necessário parar com o início de novos processos por quase quatro anos. E, ainda assim, durante este mesmo período de suposição, que anualmente fossem findados feitos na proporção dos 95,1 milhões, para que tenham o número de processos de 2013 como referência. Um dado indicador da volumosa carga de trabalho que os magistrados brasileiros têm que carregar. Com a implantação e ampliação das formas extrajudiciais de composição de controvérsias, o poder jurisdicional do Estado se ocuparia somente das demandas que não pudessem ser solucionadas por meio de acordo na seara da Justiça privada das partes, dando assim um novo fôlego ao Poder Judiciário.

Na realidade prática, o Poder Judiciário precisa ser desafogado de tão volumosa carga. E a solução arbitral possibilita isso. Mesmo porque o poder estatal é incapaz de decidir todos os conflitos jurídicos, cabendo à Justiça privada resolver alguns deles. O próprio poder estatal se vê na necessidade de criar mecanismos internos de acesso à Justiça, a fim de atender ao maior número possível de jurisdicionados pela Justiça privada, conforme se observa nas tentativas de conciliação instituídas pelo CNJ.

Os novos métodos – pode-se dizer que novas são as perspectivas e não os métodos, pois se consolidaram no ordenamento pátrio desde 1996 para a composição das controvérsias jurídicas –

ênfaticamente a autonomia das partes, à disponibilidade e a negociação privada da Justiça de seus bens jurídicos. Assim sendo, confere-se aos cidadãos o direito de escolher um árbitro, a quem se atribui o poder de solucionar a querela.

O árbitro deve-se ater à equidade, pelo accertamento do justo reivindicado pelos conflitantes. Após, será formalizado o termo de arbitragem, demonstrando assim que os direitos das partes foram discutidos com base no acordo de equidade. A confiabilidade nas habilidades do árbitro norteia o procedimento de quem opta pela negociação e aceita o poder da solução de arbitragem, diferentemente do Poder Judiciário e suas regras de competência jurisdicional.

A lei da arbitragem brasileira fixou a espécie de Justiça privada que, em princípio, não tem por fim interferir no acesso à Justiça pública, como direito constitucionalmente (art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988), por se aplicar unicamente aos chamados direitos disponíveis.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105 e com vigor a partir de primeiro de janeiro de 2016, espera-se que os passos se alarguem em direção à efetivação da Justiça privada com sua gama de vantagens aos jurisdicionados como a celeridade e a sua efetiva aplicação como instrumento garantidor da Justiça. O que se busca é o acordo de vontade das partes e pela livre escolha individual.

De acordo com a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, (novo Código do Processo Civil), que passa a vigorar em 2016, sobre a arbitragem assim se encontra escrito:

Art. 3.º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1.º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Ressalte-se, desde logo, que o novo CPC confirma a arbitragem, reconhecendo-a como instituto jurisdicional, garantido às partes a opção de livre escolha pela Jurisdição Arbitral.

O princípio da inafastabilidade de jurisdição, desta forma, sofre uma mitigação com vistas a atender à celeridade, à liberdade e à adequação social. Logo, a Sentença Arbitral é constitucional

e o reconhecimento como jurisdição lhe garante esse *status*, estas mudanças elevarão a arbitragem a um novo patamar firmando outro passo em direção a Justiça privada.

O NCPC traz, ainda, em seu bojo, a previsão de comunicação entre Juízo Arbitral e Juízo Estatal, estabelecida por intermédio da chamada Carta Arbitral, uma outra inovação, possibilitando ao Árbitro se comunicar com o Juiz Estatal, para pedidos de tutelas Liminares, Cautelares e Antecipações de tutelas, desde que comprovada a existência da convenção de arbitragem.

A arbitragem firma seu *status* de jurisdição e passa a possuir meios de coerção. Antes do novo CPC, o Juízo Arbitral não tinha poder coercivo. A Carta Arbitral constitui uma ferramenta inovadora para execuções de sentenças, dando ainda mais credibilidade, legitimidade e exigibilidade ao instituto da arbitragem.

No antigo CPC não havia estabelecimento de qualquer cooperação entre os Juízos Arbitrais e Juízos Estatais, tornando impossível a coerção destas tutelas cautelares e liminares pelo árbitro. Com o advento da Carta Arbitral (Lei 9.307/96), o cumprimento de todas as tutelas mencionadas no art. 22, serão possíveis, possibilitando a comunicação dos Juízos Arbitral e Estatal.

Outra regra que merece ser mencionada ocorre se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação no Juízo Estatal. Neste caso, o juiz suspenderá o processo esperando a decisão do Juízo Arbitral. Porém, se ainda não houver sido instaurado o procedimento arbitral, o Juiz Estatal decidirá a lide (art. 347 NCPC).

Não resta dúvida de que o NCPC vem reafirmando a competência e legitimidade da Jurisdição Arbitral, dando-lhe poderes e meios de exigibilidade e executoriedade de suas decisões. Essas inovações e mudanças trazidas pelo NCPC consubstanciam o *status* jurisdicional da arbitragem e efetivam a aplicação das formas alternativas de resolução de controvérsias no Estado brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade pátria do Poder Judiciário anseia por formas concretas e céleres de resolução de controvérsias. Logo, ganha forma no Brasil os chamados meios extrajudiciais de resolução de conflitos, trazendo diversas modificações nos âmbitos do ordenamento brasileiro, que passa a delegar a resolução de conflitos à margem do

Estado. Fato que possibilita e fomenta a Justiça privada, como forma de “desabarrotar” os Tribunais e não mais interferir na liberdade individual, primando-se pela livre negociação das demandas de menor complexidade.

Tais mudanças refletem o abrandamento da intervenção estatal na esfera privada, para resguardar a resolução dos conflitos de forma consensual. Os referidos métodos estão cada vez mais presentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Essa análise foi realizada com vistas a aprimorar os institutos pátrios, ainda em desenvolvimento, mas a crescente demanda arbitral e as regras do novo CPC indicam um cenário de crescimento dos métodos alternativos, a fim de aprimorar a prestação jurisdicional e o desenvolvimento dos instrumentos inerentes ao Direito no Brasil.

Isto posto, e consubstanciado pela doutrina e dados ora expostos e analisados, bem como os novos rumos dos referidos métodos extrajudiciais trazidos pelo novo CPC, que começa a vigorar no ordenamento jurídico pátrio em 2016, respondeu-se à questão inicial deste trabalho: estaria o Brasil a caminhar para a institucionalização da Justiça privada? A esse questionamento a resposta não poderia ser outra, se não que efetivamente vem ocorrendo uma fomentação da Justiça privada por parte do Estado brasileiro, que passa a se ocupar de causas que não podem ser transacionadas. E essa mudança de paradigma chega para atender e somar melhores condições à prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BENETTI, Sidnei Agostinho. A reforma do judiciário vai melhorar os processos judiciais? *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 56, p. 101-109, set. 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dados estatísticos. Relatório de Justiça em Números 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdiacao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1998.

- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Republicado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, em 27 jul. 2006.
- BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe Sobre a Arbitragem. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 set. 1996.
- BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CALMON, Eliana. A arbitragem internacional. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, DF, Ed. STJ, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CRESCIMENTO da arbitragem. *Jornal Gazeta Mercantil*. Disponível em: <<http://tcarbitragem.blogspot.com.br/2011/09/crescimento-da-arbitragem.html>>. Acesso em: 25 ago. 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- FREIRE, Tatiana. (19 de 12 de 2013). Conselho Nacional de Justiça. Semana nacional da conciliação atinge recorde de acordos fechados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61175-semana-nacional-de-conciliacao-atinge-recorde-de-acordos-fechados>>. Acesso em: 23 jul. 2015.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Considerações acerca da arbitragem e sua constitucionalidade. In: *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica*. Campinas, Ed. Unicamp, v. 15, n. 2, p. 90-98, 1999.
- MARDEGAN, Maria Beatriz Espírito Santo. Arbitragem: um meio de acesso à ordem jurídica justa. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XIII, n. 82, nov. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8665>. Acesso em: 13 ago. 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2010.
- NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Evaldo Rosário de. Acesso à Justiça e as vias alternativas para solução de controvérsias: mediação, conciliação e arbitragem. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3.069, 26 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20517>>. Acesso em: 21 abr. 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2015.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

***ARTIGOS DE
EGRESSOS***

BREJO DOS CRIoulos: efetivação e reconhecimento de Direitos a partir do que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Aurindo José Ribeiro¹

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito analisar e identificar lutas, conquistas e efetivação de direitos. Conhecer o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) positivou de forma a reconhecer os direitos das comunidades remanescentes denominadas de quilombolas. Deseja-se com este artigo fornecer material para estudar e entender como após a abolição da escravidão no Brasil, os legisladores e governos agiram e agem, fazendo constar nos ordenamentos jurídicos direitos daqueles brasileiros que fugiram da repressão escravocrata unindo e formando os quilombos. Nesse sentido, verificar como o Brejo dos Crioulos, localizado nas confluências das cidades de São João da Ponte, Varzelândia e Verdelândia, no Norte de Minas Gerais, usufruiu dessas conquistas.

Palavras-chave: Brejo dos Crioulos, Constituição Federal, Reconhecimento de Direitos.

ABSTRACT

This work is meant to examine and identify struggles, achievements and enforcing rights. Know what the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 (CRFB) effected in order to recognize the rights of the remaining communities named Maroons. Want with this article provide material to study and understand how after the abolition of slavery in Brazil, legislators and governments have acted and act, setting forth the legal rights of those systems Brazilians who fled the repression slave uniting and forming the quilombos. In this sense, see how the Swamp of Creoles, located in the confluence of the cities of Johnstown Bridge, Varzelândia and Verdelândia in the North of Minas Gerais, enjoyed these achievements.

Keywords: Heath of Creoles, Constitution, Rights Recognition.

1 INTRODUÇÃO: HISTÓRICO

Localizado nos municípios de Varzelândia, São João da Ponte e Verdelândia, região Norte do Estado de Minas Gerais, o território quilombola Brejo dos Crioulos tem 17.302 hectares, sendo que nove fazendeiros detêm 77% de sua extensão territorial. “Isto se dá porque, entre os anos de 1925 e 1930, iniciou-se um processo de demarcação das terras na região, leia-se grilagem, fazendo com que grande parte das terras do território Brejo dos Crioulos ficasse nas mãos de latifundiários grileiros.” (PASTORAL, 2012).

O termo quilombo foi definido pela primeira vez pelo conselho Ultramarino Português de 1740: “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles.”. Já o artigo 12 da Lei número 236, de 20 ago. 1847, da Província do Maranhão, define o quilombola assim: “Reputa-se escravo aquilombado, logo que esteja no interior das matas, vizinho ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais com casa ou rancho.”.

Com a abolição da escravidão no Brasil, no ano de 1888, muitas dessas comunidades continuaram a existir, bem como muitos dos ex-escravos, não tendo para aonde ir, à margem da sociedade e sem condições mínimas para uma existência digna, formaram novos grupamentos que, apesar de não servirem mais como um núcleo de resistência à escravidão, serviam como um meio de se ajudarem mutuamente e resgatar acultura e a religiosidade da terra natal deixada. Essa maneira de viver foi passada de geração em geração, de modo que os mais integrantes das comunidades quilombadas revivificam as culturas originais e a

¹ Mestrando. Pós-Graduado em Direito. Advogado. Egresso do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

religiosidade de seus antepassados nas terras que hoje ocupam.

O quilombo de Brejo dos Crioulos se encontra localizado às margens do Rio Arapuim, afluente da margem esquerda do Rio Verde Grande. Conforme estudos do antropólogo Costa (1999), desde meados do Século XVII, negros fugidos da escravidão passaram a se fixar às margens da Lagoa Peroba, existente na vazante do médio Ribeirão Arapuim. A ocupação dessa área foi possibilitada pela existência de brejo na vazante do referido Ribeirão. Com o passar dos tempos, muitos outros negros fugidos se dirigiram para a área, aumentando a população que, no fim do Século XIX, era cerca de trinta troncos familiares. Nesse contexto, as famílias localizadas desenvolveram um sistema peculiar de organização social, cultural e produtiva, baseada em herança africana e portuguesa conforme recorte a seguir:

Após o fim do sistema escravista, muitos homens, mulheres e crianças negras, vindos das mais diferentes localidades mineiras e baianas, percorreram esse território negro procurando localizar-se em lugares que melhor lhes apraziam. Na beira das lagoas do médio Arapuim, cerca de trinta famílias aí se instalaram e instituíram uma comunidade mais ampla conhecida externamente como brejo dos crioulos. Ela era como que o centro em torno do qual gravitavam outros grupos espalhadas no interior da mata. A reprodução material dos indivíduos que aí se localizaram, assumiu a prática da caça, coleta e pesca. Ampliam a produção de grãos – feijoa, milho e arroz e outros produtos que cultivados possibilitavam supri-los das mais diversas necessidades. Com o algodão, teciam suas roupas, com a cana-de-açúcar faziam rapadura e cachaça e com a mandioca produziam farinha e goma utilizada na confecção de quitandas. Festejavam o Rei de Congo sincretizado em Santos Reis e estabeleciam relações mínimas com a sociedade local situada nas regiões de gerais, nos altiplanos da Serra Geral, que circunda o vale do Rio Verde Grande (COSTA, 1999).

Conforme estudos de Costa (1999), no início do século XX, os quilombolas de brejo dos crioulos

começaram a sofrer o processo de expropriação, conforme descreve:

Esses (os fazendeiros) chegaram de mansinho, no final dos anos vinte, mas não chegaram como verdadeiros são. Utilizando artifícios legais, solicitaram junto à justiça o direito por usucapião e, assim, mandaram agrimensores medir e dividir as terras de quase todo o sertão, e que em sua grande maioria tinham sido sesmarias. Na Lei da terra de 1850 tornaram-se terras devolutas, por não terem sido registradas por ninguém. Na divisão, as comunidades negras, situadas nas margens insalubres dos cursos da água destinaram pequenas parcelas de terra e amealharam para si extensos latifúndios.

A partir dos anos 1960, com a expansão agrícola no Norte de Minas, fazendeiros, utilizando de recursos violentos, como jagunços armados, passaram a grilar e tomar as terras de diversas famílias herdadas de seus ancestrais utilizando o artifício da venda forçada, conforme diversos estudiosos da região. No caso de Brejo dos Crioulos, conforme estudo de Costa, algumas famílias se mudaram para outras localidades e, outras, fixaram-se “terras de santo”² existentes na localidade. Com a expulsão de diversas famílias das terras de seus ancestrais, muitos dos membros da comunidade, não querendo afastar do território onde sempre viveram, passaram ocupar essa gleba. Tal ocupação deu origem ao povoado de Araruba, onde residem os deserdados da terra.

Contrapondo o tempo da fartura com o tempo da penúria, Costa descreve a violenta transformação sofrida pelos quilombolas de Brejos dos Crioulos, desde que suas terras foram expropriadas, veja:

Na chegada dos fazendeiros, dois mundos se confrontam um mundo tradicional, onde o contrato entre os homens era instituído através de gerações pelos seus descendentes. Onde a alocação de trabalho era o sinal de apossamento da terra, considerada solta, tanto individual quanto coletivamente. Onde o intercâmbio de bens circulava por meio de relações igualitárias que enfatizavam o bem estar dos seres

² “Terra de santo” constitui-se de uma gleba de terra doada ao Senhor Bom Jesus por um dos moradores correspondendo ao pagamento de promessas. A doação é feita, portanto, à Mitra Diocesana da região da situação do imóvel. Construída a Igreja dedicada ao Senhor Bom Jesus, forma-se a comunidade, com os interessados tornando-se posseiros dos lotes de terreno. A propriedade é da Mitra Diocesana, perante quem devem os usuários dos terrenos fazer a aquisição de forma legal.

humanos, que solidários eram subsumidos no interior de unidades sociais mais amplas, as comunidades sertanejas que dispersas formavam uma rede social. E em cujas pontas através do poder político e vinculavam à sociedades regionais e nacional. Do outro lado, um mundo modernizante em que a riqueza ao passar a ser objetivo social, transformou tudo, inclusive o homem, em agente de enriquecimento de alguns a despeito do empobrecimento de outros. Estes autônomos em sua reprodução passaram a comerciante de sua força de trabalho no mercado nacional. Um mundo onde o que vale é o que está escrito e assegurado pelas redes de poder, que na defesa dos interesses de alguns, tudo manipulam, contra os interesses de outros. Um mundo em que valores tradicionais foram espezinados pela ganância por poder sempre crescente de alguns indivíduos, antes parceiros. Poder a ser usado como mecanismo de enriquecimento familiar de famílias de fazendeiros que aprisionam em suas redes de relações instâncias municipais de governo. Depois que esse mundo outro transformou o espaço e o tempo de acordo com as condições necessárias à reprodução do capital, comunidades inteiras de famílias fracas, viram a terra que proporcionam fartura para seus antepassados ser imobilizada na mão de homens fantasmagóricos, que sabem onde moram, mas que nunca viram. Transformando a terra, que dá de tudo, em imensos vazios. Instaurando o tempo de penúria.

Expropriados de suas terras, encurralados pela imensidão de fazendas, a maioria delas improdutivas, desprezados e abandonados pelas autoridades constituídas, cerca de 450 famílias ou 1.500 pessoas vivem em permanente estado de miséria, assolados por doenças e pela constante falta de atenção por parte do poder público.

Como se vê, a triste história dos Quilombos de Brejo dos Crioulos não é diferente da história de outras populações tradicionais do Brasil. Todavia, mesmo discriminados por questões políticas, estereotipados pejorativamente, sofrendo todo tipo de exclusão e discriminação tanto no âmbito dos municípios onde residem, como dos poderes estaduais e federal, que a eles se reportam apenas com políticas sociais compensatórias, sobreviveram ao tempo, pela coragem e, por que não, pela teimosia.

Até o ano de 1998, os quilombolas não tinham a mínima consciência de que a civilização letrada

lhe conferiu o direito que eles mesmos já possuíam. A partir de 1999, com o começo dos estudos do antropólogo Costa, o Brejo dos Crioulos inicia uma nova fase em sua história e um novo horizonte se descortina para as famílias que ali vivem. Aos poucos, começam a surgir novos atores sociais ampliando e renovando os modos de ver e viver a sua identidade negra. Uma rede de diálogo e apoio de outros movimentos sociais começa a se formar. Com a ajuda de sociólogos, antropólogos, profissionais do Direito, agentes de pastorais e movimentos sociais, começam a interpretar seus direitos e iniciam uma longa e sofrida luta pela efetivação de seu direito constitucional.

2 MÉTODOS

Como já informado, o presente artigo visa aprofundar na realidade dessa comunidade – Brejo dos Crioulos – e conhecê-la melhor. Fato importante, dado o tempo passado, é que atualmente não há nenhum membro de quilombo no Brasil que viveu na época antes da abolição da escravidão pela Lei Áurea, mas vivem e sofrem perseguições, indiferenças, discriminações e preconceitos muito frequentes à época da escravidão. Nem por isso, essas pessoas deixaram de lutar e buscar apoios, não recuam e sabem que é preciso muito empenho para mobilizar forças para ajudá-los a conquistar e efetivar seus direitos, principalmente com relação ao acesso à terra.

Falar dos quilombos e dos quilombolas no cenário político atual é, portanto, falar de uma luta política e, conseqüentemente, uma reflexão científica em processo de construção [...]. Nos últimos vinte anos, os descendentes de africanos, chamados negros, em todo o território nacional, organizados em associações quilombolas, reivindicam o direito à permanência e ao reconhecimento legal de posse das terras ocupadas e cultivadas para moradia e sustento, bem como o livre exercício de suas práticas, crenças e valores (LEITE, 2000, p. 333-334).

Pretende-se, com este trabalho, buscar na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e a partir dela, nas leis infraconstitucionais, decretos, emendas, medidas provisórias e outros, quais foram as conquistas e o que delas redundou em ações efetivas, principalmente para o território Brejo dos Crioulos. A Comissão de Pastoral da Terra da Arquidiocese de Montes Claros informa

que essa comunidade conta com aproximadamente 512 famílias perfazendo um território com 3.000 pessoas.

Este trabalho se justifica dada a relevância em entender e conhecer se há ou não a intenção de reconhecer direitos das comunidades quilombolas.

3 LUTAS E CONQUISTAS

Os incômodos e as inquietações é que levam pessoas a escrever a história sobre determinados fatos, “pois a história não apenas é uma ciência em marcha, é também uma ciência na infância.” (BLOCH, 1997). Nessa mesma linha, “na maior parte do tempo, são esses incômodos históricos que nos fazem aceitar a tarefa árdua e frágil de construir interpretações.” (JESUS, 2007). Quanto mais se conhece, há o que desvendar, ainda mais quando existem escritos de formas e sentimentos diferentes, por diversos historiadores. Vale observar os seguintes dizeres:

O historiador é nada mais nada menos do que o “mediador de um diálogo”, de um debate, entre os homens do passado, cuja presença torna-se viva, e os homens presentes, que se sentem menos solitários e desprotegidos. Este diálogo promovido pelo historiador oferece aos homens do presente uma interlocução, um conforto, uma melhor localização de si no tempo, o sentido específico da diferença, da alteridade e da identidade (REIS, 1996, p. 92).

Com relação aos quilombos, esse tema ainda oferece um campo vasto de segredos e anseios, os quais remetem à necessidade de novos estudos sobre essas comunidades remanescentes. É importante salientar que muito do que sabe em relação à formação dos quilombos e de como vivem essas pessoas, foram ditos e escritos por pessoas de fora dos quilombos. Importante observar:

Para a maioria dos quilombos nas Américas, e no Brasil em particular, dependemos exclusivamente de relatos escritos por pessoas de fora, amiúde pela pena de membros das forças repressoras. Mas, embora a história contada por essas fontes sejam problemáticas – como bem demonstrou Richard Price ao comparar documentos dos colonizadores holandeses com a tradição oral saramaka e verificar

divergências e concordâncias – nem por isso deve o pesquisador desistir de investigar a história dos quilombos. O mais sensato é cumprir o bê-á-bá do historiador, lendo criticamente os documentos, identificando as circunstâncias e as intenções dos escribas, o que esconde nas entrelinhas, explorando pequenos indícios, tentando mesmo ouvir o silêncio. Enfim, não é aconselhável se render aos documentos da repressão, mas usá-los como armas que podem abrir o caminho da história dos escravos em fuga (REIS; GOMES, 1996, p. 10).

Por pesquisa bibliográfica, deseja-se fazer questionamentos e levantar o que concretamente existe efetivado como direitos e garantias. Assim, será mostrado o que trazem os técnicos do Instituto Nacional e Colonização e Reforma Agrária (INCRA) sobre o trabalho desenvolvido nas comunidades que compõem o Brejo dos Crioulos:

Além da existência de muitos registros de nascimentos, foi também constatado um elevado número de documentos com dados incorretos (filiação, sexo, data de nascimento, etc.). Acreditamos que tais erros podem ocasionar graves problemas, comprometendo a cidadania e o acesso destas pessoas aos vários programas governamentais. A condição de relativo isolamento em que vivem, o esquecimento por parte do poder público e a falta de uma unidade de Saúde próxima deflagram uma série de problemas vivenciados pela referida população. Falta de saneamento, pobreza extrema, subnutrição, alcoolismo, falta de transporte, baixa renda familiar, etc. problemas estes que, mesmos os programas assistenciais como bolsa-escola, Renda Mínima, etc., não conseguem minimizar (INCRA, 2006, p. 5).

É bastante perceptível que este relatório é muito recente, dada a história de formação deste território, “vindos de um lugar de penúria, fugindo de algo, mormente da fome” (COSTA, 1999). Apesar de a Constituição de 1988 trazer uma série de garantias para a nação brasileira, esse relatório datado de 2006 reflete o grau de esquecimento vivido por essa comunidade. E Arruti acrescenta com relação às comunidades remanescentes de quilombolas:

O que está em jogo não são as reminiscências de antigos quilombolas (documentos, restos de senzalas, locais

emblemáticos como a Serra da Barriga etc.) dos artigos 215 e 216, mas “comunidades”, isto é, organizações sociais, grupos de pessoas que “estejam ocupando terras”, mais do que isso, diz respeito, na prática, aos grupos que estejam se organizando politicamente para garantir esses direitos e, por isso, reivindicando tal nomeação por parte do Estado (ARRUTI, 2006, p. 14).

Em três artigos da Constituição de 1988, encontram-se contempladas as comunidades remanescentes de quilombolas. Textos como as demarcações de terras, controle social de políticas públicas, a função social da propriedade e a universalização da assistência e previdência social. Veja-se, inicialmente o que diz a Carta da República:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

O parágrafo primeiro desse mesmo artigo enfatiza as manifestações culturais afro-brasileiras e indígenas, as quais contribuíram para o delineamento da identidade cultural no Brasil, *verbis*:

Art. 215. [...] **§ 1.º** O Estado protegerá as manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

O mesmo texto constitucional traz conquistas com relação aos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, desta forma:

Art. 216. Constitui patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à nação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] **§ 5.º** Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Além do que dispõe os artigos 215 e 216 e seus parágrafos, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da mesma Constituição Federal de 1988 (CRFB 1988) foi incluído o artigo 68, que trouxe relevantes

conquistas, que assim determina:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos.

Para elucidar a relevância destes dispositivos constitucionais, diz a doutrina:

Define a Constituição, o patrimônio cultural brasileiro, como sendo constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, desde que portadores de referências à identidade, à nação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, patrimônio esse que terá que ser protegido pelo poder público, com a colaboração da comunidade, por meio de investimentos, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento (SILVA, 2006, p. 843).

O que fica patente é que no campo teórico e de legislação estamos balizados, mas também há a necessidade em romper com a inércia dos poderes constituídos para efetivar os direitos positivados constitucionalmente. Há o seguinte acréscimo:

Como já firmado no nosso sistema de Direito Civil, interpretado conforme as premissas constitucionais, os limites da atividade econômica, a organização familiar e a função social da propriedade passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos existenciais de personalidade do ser humano, e não como meros direitos patrimoniais que se destinam a perpetuar relações de poder (ROSENVALD, 2004, p. 28).

Indiscutivelmente, o que perpassa primordialmente esta história de lutas e resistências das comunidades quilombolas, e é uma questão

também do Brejo dos Crioulos, no Norte de Minas Gerais, é o acesso à terra ou ao seu território. Nesses termos, atenta-se para o Relatório da Comissão da Pastoral da Terra da Arquidiocese de Montes Claros, sobre o Brejo dos Crioulos:

Há aproximadamente 12 anos, essas famílias vêm lutando pela conquista/retomada de seu território, buscando de fato o direito garantido na Constituição. No período de 1999 a 2004 os negros realizaram várias tentativas junto aos órgãos competentes como o INCRA, que é o responsável pela regularização e titulação do território quilombolas. Frente à morosidade das instituições e ao reconhecimento de seus direitos, os Quilombolas se organizaram e vieram retomando suas antigas terras reocupando-as, para pressionar o Estado na agilização do referido processo de regularização e titulação de seu antigo território, como também para o plantio e garantia da sobrevivência das famílias. Doze anos de luta, vários conflitos ocorridos, fazendeiros com suas propriedades e pistoleiros, quilombolas feridos, uma morte ocorrida, o Decreto de desapropriação assinado (Decreto assinado em 29 de setembro de 2011, declarando de interesse social para fins de desapropriação 17 mil hectares), cinco pretos pobres presos e Brejo dos Crioulos com seus pretos e pobres sem território numa vida cheia de incertezas e inseguranças (PASTORAL, 2012, p. 2).

Nota-se que esse povo, além de não desistir, busca forças na sociedade para juntos trabalharem pela efetivação dos seus direitos assegurados constitucionalmente, mas emperrados pela burocracia e insensibilidade do Estado. Assim a Comissão da Pastoral da Terra acrescenta:

O Governo Federal é o maior responsável pela inércia e mantém o interesse do latifúndio, penalizando os pretos pobres quilombolas. Falta vontade política para que a desintrusão seja realizada. O governo estadual, pelas ações repressoras da polícia militar empreendida neste período contra os quilombolas, pelas *vistas grossas* realizadas no passado com os jagunços, quantas intimações contra quilombolas foram emitidas neste período? E os laudos emitidos pelo IEF em 2007, beneficiando o latifúndio? O poder judiciário, que nesses 12 anos de conflitos, mostrou estar a serviço da propriedade privada. Quantos mandados de despejos foram emitidos,

desconsiderando o histórico dos remanescentes. É rápido e ágil contra os quilombolas e benevolentes aos jagunços e fazendeiros (PASTORAL, 2012, p. 3).

Neste relato, nota-se a angústia de lideranças comunitárias que também estão na luta por esse povo, e que, ao mesmo tempo, sentem-se fragilizados visto que os poderes constituídos, a partir do Governo Federal, não têm interesse para resolver problemas como este.

4 DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

Ao contrário dos quilombolas que sempre mantiveram uma relação de equilíbrio com o meio ambiente e usaram os recursos naturais de seu território de forma sustentável, os fazendeiros, ao longo dos anos, apoderaram-se de suas partes e passaram a utilizá-las, de forma predatória. O Laudo Antropológico do Quilombo de Brejo dos Crioulos, de autoria de Costa, aponta essa perversa relação com a terra:

As alterações referentes à apropriação privada do território que era usado de forma comunal pelos quilombolas podem ser verificadas na degradação do meio natural. A divisão das terras e sua mercantilização se combinaram à derrubada das florestas, a construção de barragens e a projetos de irrigação, que também contribuíram para inviabilizar a reprodução da comunidade. A lógica do uso da terra pelos fazendeiros, para quem a terra é um bem passível de mercantilização, se após à lógica da ocupação tradicional da comunidade fundada na produção dos mínimos vitais e sociais necessários para o bem viver e na reprodução social e cultural do grupo. As categorias apropriação e ocupação marcam esta diferença, pois mais do que rebanho de gado, as largas extensões de pastagens representam a lógica da apropriação monopolista, em tudo oposta à lógica de ocupação comunal do território pelos quilombolas (COSTA, 1999).

Tal descrição não é apenas resultado de impressões do olhar antropológico e sociológico sobre o quilombo do Brejo dos Crioulos. São agora constatadas e confirmadas, através de critérios técnicos e legais, conforme o laudo agrônomo.

No tocante à área de preservação permanente ao longo do Rio Arapuim, verificou-se que ela, além de estar praticamente desprovida de vegetação ciliar, vem sendo utilizada com a explo-

ração de atividades agropecuárias. O imóvel não dispõe de área de reserva legal, averbada à margem da inscrição dos respectivos registros imobiliários, no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Destaca-se e completa-se que reserva legal é área protegida por legislação ambiental e gravada como de utilização limitada, podendo ser considerada como tal apenas aquela área em relação à qual o proprietário tenha firmado junto à autoridade ambiental competente (Instituto Estadual de Floresta – IEF). O respectivo Termo de Responsabilidade de Preservação, devidamente averbado à margem da inscrição do Serviço de Registro de Imóvel que tem jurisdição sobre a área da localização do imóvel rural, o chamado Cartório de Imóveis. No caso da fazenda Vista Alegre, não foi feita nenhuma averbação relativa à área de reserva legal sendo a mesma, portanto, inexistente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fácil a percepção da falta de compromisso, principalmente dos órgãos públicos, seja de qualquer instância de Governo, para efetivar direitos de minorias no Brasil.

Em todo os estudos feitos para elaboração deste artigo, ficou evidente a separação histórica entre aqueles que detêm o poder em relação àqueles que esperam o reconhecimento do direito.

No caso em epígrafe, por serem negros, esse povo fugitivo das senzalas que constituíram o Brejo de Crioulos, além das dificuldades para sobreviver, sofre o problema da discriminação racial em função da cor.

Se não bastasse, no Brejo dos Crioulos qualquer benefício chega sempre depois de primeiro atender às demandas das outras comunidades, como é o caso da assistência básica de Saúde, educação, e qualificação profissional.

Apesar de todas as dificuldades, é um povo guerreiro, que não abandona suas raízes, seus aprendizados culturais e nem se intimidam diante dos enfrentamentos, de pouco a pouco vem conquistando seus espaços e se posicionando como cidadão de direitos e sabedores dos seus deveres.

Finalmente, vale ressaltar que esse povo prima pela alegria. É um povo festeiro - apesar de sofrido – e crente em uma realidade de conquistas – apesar de distantes – mas possível. São brasileiros que não desistem.

REFERÊNCIAS

- ARRUTI, José Maurício Paiva Andion. *Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola*. Bauru, SP: Edusc, 2006.
- BLOCH, Marc. *Apologia da história: ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Ministério da Agricultura. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). *Relatório desenvolvido por equipe técnica*. Brasília: Ed. Incra, 2006.
- COSTA, João Batista de Almeida. Do tempo da fartura dos crioulos ao tempo de penúria dos morenos: a identidade através de um rito em Brejo dos Crioulos. 1999. Dissertação (Mestrado em Antropologia)–Universidade de Brasília, 1999.
- JESUS, Alysson Luiz Freitas de. *No sertão das Minas: escravidão, violência e liberdade 1830–1888*. São Paulo: Annablume, 2007.
- LEITE, Ilka Boaventura. *Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas*. Lisboa: Etnográfica, 2000.
- PASTORAL DA TERRA. *Relatório Brejo dos Crioulos: a saga dos crioulos: luta pelos direitos*. Montes Claros: Comissão de Pastoral da Terra da Arquidiocese de Montes Claros, 2012.
- REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.
- REIS, José Carlos. *A história entre a filosofia e a ciência*. São Paulo: Átila, 1996.
- ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AUTOR CONVIDADO

MARX E OS OUTROS

Jean Tible¹

RESUMO

Como Marx e Engels apreendem as outras formas de organização política e social? Eram os autores eurocêntricos? Para abordar tais críticas e eventuais insuficiências, faz-se necessário um estudo dos textos de Marx e Engels, cujos temas vão além da Europa Ocidental. Escritos bastante numerosos e diversos, tendo sido questões pensadas ao longo de suas vidas, desde a investigação sobre as formas sociais pré-capitalistas e os fatores da evolução social já em *A ideologia alemã*, em 1845-1846, aos *Cadernos etnológicos*, de Marx, de 1880-1882, passando pelos inúmeros artigos, cartas e comentários, nos quais Marx e Engels analisam situações concretas acerca da Índia, Irlanda, China, Estados Unidos, América Latina, entre outras.

Palavras-chave: Karl Marx; Eurocentrismo; América Latina; Alteridade; Colonialismo.

MARX AND THE OTHERS

ABSTRACT

How did Marx and Engels apprehend others forms of social and political organization? Were the authors Eurocentric? To work those critics and eventual insufficiencies, a study of the Marx and Engels' texts about non-European themes is made necessary. Varied and numerous writings, those questions being thought during all life, from the investigation about the pre-capitalists social forms and the factors of the social evolution in *The german ideology*, in 1845-1846, to the *Ethnological notebooks*, of Marx, in 1880-1882, passing by the in-countless letters, commentaries

and articles on which Marx and Engels analyze concrete situations about India, Ireland, China, United States, among others.

Keywords: Karl Marx; Eurocentrism; Latin America; Alterity; Colonialism.

1 INTRODUÇÃO

Era Marx eurocêntrico? Propõe-se aqui, para responder a esta pergunta, uma leitura dos seus escritos que abordam formações sociais e econômicas, lutas e acontecimentos que vão além da Europa Ocidental.

2 ENTRE OS ESTÁGIOS DE DESENVOLVIMENTO E A CRÍTICA DO COLONIALISMO

Um primeiro aspecto dos escritos de Marx aqui estudados é sua busca em desvendar os estágios de desenvolvimento e da evolução social e sua correlata apreensão de situações concretas. Em *A ideologia alemã*, Marx e Engels esboçam uma sucessão histórica dos modos de produção. Para os autores, “os vários estágios de desenvolvimento da divisão do trabalho são, apenas, outras tantas formas diversas de propriedade”.

O primeiro estágio é o da propriedade tribal, no qual a estrutura social corresponde à estrutura da família e a subsistência é garantida pela caça e pesca, pela criação de animais e, às vezes, pela agricultura. Não há desenvolvimento da produção e a divisão de trabalho é elementar. A segunda forma situa-se na Antiguidade e sua propriedade é comunal e estatal. Tendo a cidade como origem, ocorre a separação do trabalho industrial e agrícola e a distinção entre cidade e campo.

¹ Doutor pela Universidade Estadual de Campinas (2012). Mestre pelo Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Graduado em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Atualmente é Professor do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. Tem experiência nas áreas de Relações Internacionais e Política, atuando principalmente nos seguintes temas: Marx, Política Externa Brasileira Revoltas e Movimentos Sociais e Políticos, Teoria de Relações Internacionais e Teoria Política. Autor do livro *Marx selvagem* (São Paulo, Annablume, 2013) e co-organizador de *Junho: potência das ruas e das redes* (Fundação Friedrich Ebert, 2014).

Sua sequência – a terceira etapa histórica da propriedade – é a feudal. A propriedade transforma-se em “propriedade coletiva dos senhores feudais, como um grupo, apoiados pela organização militar dos conquistadores tribais germânicos – é sua base.” (MARX; ENGELS, 2007, p. 89-91). Seu ponto de partida é o campo e a classe explorada não é mais composta por escravos, mas por servos. A quarta formação, o capitalismo, é produto da evolução do feudalismo. Funda-se na distinção entre cidade e campo, quando ocorre um desenvolvimento das manufaturas e aguçam-se a competição e guerras comerciais entre as nações. Trata-se de uma nova fase do desenvolvimento histórico, em que predominam as relações e conflitos entre capitalistas e trabalhadores.

Tal perspectiva dos estágios se mantém no *Manifesto comunista*. São, no entanto, citadas somente as três formas de sociedade de classe, sem levar em conta a anterior, sem classes – a tribal –, o que será acrescentado por Engels em prefácios posteriores. “A história de todas as sociedades até agora tem sido a história das lutas de classe”, colocam Marx e Engels (2001, p. 8), citando a sociedade escravista da Antiguidade, o feudalismo e a sociedade burguesa.

Os autores enfatizam o escopo planetário do capitalismo e os elos entre a ascensão da burguesia e o colonialismo. Como novo mundo que se abre com a “descoberta da América e a circunavegação da África”, a exploração desses mercados e seu comércio “trouxeram uma prosperidade até então desconhecida”. A colonização prepara a criação desse mercado mundial e este se impõe às demais formas sociais, num ímpeto de unificação. A ação burguesa “logra integrar na civilização até os povos mais bárbaros”, graças aos revolucionários progressos na produção e comunicação. Em tons épicos, os autores narram de que forma “os preços baratos de suas mercadorias são a artilharia pesada com a qual ela derruba todas as muralhas da China”. A burguesia, dessa forma, “cria um mundo à sua imagem e semelhança.” (MARX; ENGELS, 2001, p. 9-12).

Alguns anos mais tarde, Marx (2011) retoma esta discussão em “As formas sociais que precedem o capitalismo” – as *Formen* –, momento privilegiado de sua reflexão acerca do pré-capitalismo. Marx investiga os mecanismos das transformações sociais e evolução histórica, compreendidos de acordo com o desenvolvimento das forças produtivas materiais. O autor apreende,

assim, quatro vias alternativas de desenvolvimento a partir do sistema comunal primitivo e sua propriedade comum da terra – oriental, antiga, germânica e eslava (MARX, 2011). A novidade situa-se no sistema ora caracterizado como “oriental” ora como “asiático” e, antes disso, esboçado como “despotismo oriental” em cartas trocadas com Engels (BERT, 2010) e em artigos publicados no *New York Daily Tribune* no mesmo ano de 1853. Sua base ainda é a propriedade comunal e Marx liga-a – sem, no entanto, desenvolver o raciocínio – às sociedades pré-colombianas mexicana e peruana.

Na “Introdução geral” de 1857 e no “Prefácio” de 1859, Marx (2011) aborda os estágios de desenvolvimento das formas de produção. Por um lado, pensa nos modos asiático, antigo, feudal e burguês moderno como “épocas progressivas da formação econômica da sociedade. As relações de produção burguesas são a última forma antagonica do processo social de produção.” Suas forças produtivas criam as condições materiais para superar tal antagonismo e “com esse sistema social é a pré-história da sociedade humana que se encerra.” (p. 487-88). Por outro lado, Marx (p. 451-53, grifos originais) adverte que “é possível confundir ou apagar todas as diferenças históricas formulando leis *humanas universais*” e insiste na importância do aspecto empírico – “as condições ditas *gerais* não são outra coisa que esses momentos abstratos que não permitem apreender tal estágio histórico real da produção.”

Os estágios mencionados indicam o estado dos estudos de Marx nesse momento, constituindo mais indicações iniciais do que uma compreensão acabada. Tal apreensão dos estágios de desenvolvimento liga-se à sua análise de situações concretas. Em Londres – centro do maior império –, desde 1849, Marx amplia seu escopo de interesse e começa a pensar situações além da Europa Ocidental e aqui já é possível perceber uma tensão entre os horrores do colonialismo e a necessária marcha civilizatória, sendo seu exemplo mais paradigmático talvez os artigos sobre a Índia.

Marx escreve, em “The British rule in India” (AVINERI, 1969, p. 93), que a colonização britânica destrói a tecelagem indiana e também as “pequenas comunidades semibárbaras e semicivilizadas, acabando com seus fundamentos econômicos e produzindo, assim, a maior e por assim dizer a única revolução social jamais vista na Ásia.” Ora, continua Marx, se a dissolução dessa vida dos vilarejos significa tristeza do ponto

de vista dos sentimentos humanos, seus moradores atinham-se a um universo demasiado estreito, tornando-os instrumentos dóceis de superstição e escravos das regras, sem esquecer a existência das castas e da escravidão em seu seio.

Em artigo posterior no mesmo ano, “The future of British rule in India” (AVINERI, 1969), os horrores do colonialismo tampouco são olvidados, a Inglaterra sendo “guiada pelos interesses mais abjetos” e mostrando sem véu na Índia a “barbárie inerente à civilização burguesa.”. Marx argumenta, porém, que a sociedade indiana não possui história, a não ser que se considerem as invasões sucessivas por cima da “base passiva dessa sociedade imutável e sem resistência.”. Assim, a escolha não se situa acerca de uma invasão ou não da Inglaterra, mas entre uma desta e a de outro país, tal como a Turquia, Rússia ou Pérsia.

Tampouco deixa de estar presente o caráter, em última instância, positivo da expansão capitalista, já que a Inglaterra “tem uma dupla missão a exercer na Índia: uma destrutiva, outra regeneradora.”. Em sua visão, uma futura revolução redimirá esses processos, pois tais terríveis convulsões resultarão numa forma superior de organização social. Retoma Marx, com ecos do *Manifesto*, que o período burguês da história cria um novo mundo, via intercâmbio universal e desenvolvimento das forças produtivas. E efetua um paralelo entre as transformações do comércio e a indústria burgueses com as revoluções geológicas, defendendo que no momento em que uma “grande revolução social conseguir dominar os resultados dos tempos burgueses” e “sujeitá-lo ao controle comum dos povos mais avançados, aí então o progresso humano deixará de parecer àquele horrível figura, ídolo pagão que só bebia néctar nos crânios de suas vítimas.” (AVINERI, 1969, p. 139). E semelhante abordagem está presente nos artigos sobre a China da mesma época (AVINERI, 1969, p. 67).

Ocorre, desse modo, um tento de encaixar tais realidades em estágios preestabelecidos e numa teleologia linear e “otimista” da história. Fascinado pela expansão capitalista, Marx emite, com Engels, julgamentos expeditivos a respeito da índole de diferentes povos: mexicanos preguiçosos, beduínos ladrões, indianos estagnados, frente aos enérgicos ianques, civilizados franceses e progressistas ingleses. A agência e o protagonismo são apreendidos como situados do lado europeu

ocidental e estadunidense. Pensando nesses estágios do desenvolvimento e em alguns exemplos correlatos, cabe perguntar: existem sociedades imutáveis pré-capitalistas e mutáveis capitalistas? Qual o lugar da Europa ocidental na história e no mundo? Seria o capitalismo inevitável e progressista e as forças pré-capitalistas obstáculos reacionários?

O que significa essa predominância da sociedade burguesa (e europeia ocidental) em relação às demais? Trata-se, para Marx, da forma mais complexa de todas, situada num outro patamar de desenvolvimento e estando no centro da história. Seu interesse pelas formações pré-capitalistas se deve ao fato de as capitalistas serem produtos históricos dessas formações. De acordo com Marx (2011, p. 169), “a sociedade burguesa é a organização histórica da produção mais desenvolvida e mais diferenciada”, e, assim, “a anatomia do homem é uma chave para a anatomia do macaco.”. Manifesta-se, assim, um tipo de confiança na história, por conta da sucessão de estágios. Para além de suas violências, o capitalismo é prenhe de comunismo; o modo de produção capitalista cria as formas materiais – e desperta as forças – de sua destruição.

A compreensão marxiana dos estágios evolutivos não pode ser apreendida, entretanto, sem sua concomitante denúncia dos massacres provocados por esse curso da história. Há uma sempre presente crítica ao colonialismo que muda de forma e se reforça e uma mudança no que toca às suas análises de algumas situações concretas (China, Estados Unidos, Índia, Irlanda). Para Marx, o esquema linear perde força, inclusive pelo autor se debruçar nos aspectos empíricos, por virar “sociólogo” ou “antropólogo”.

Já nos artigos sobre a Índia, publicados em 1853, Marx, colocava que “a profunda hipocrisia e a barbárie inerente da civilização burguesa mostra-se sem véus aos nossos olhos, passando de seu lar natal, onde ela assume formas respeitáveis, para as colônias onde se apresenta sem véus.” (AVINERI, 1969, p. 137). Essa tensão, presente nos dez artigos do mesmo ano sobre a Índia, se reforça nos 31 de 1857, sobre a insurreição indiana, suas causas e derrota final. No primeiro período (1853), Marx faz uma análise inicial sobre o colonialismo, mas possui ainda poucas informações sobre a Ásia e se guia mais por abstrações filosóficas. Nesse contexto, os colonizados não fazem sua própria história e Said (2007) critica Marx por esses motivos.

Estaria certo Said ao assimilar Marx ao orientalismo? Nos artigos de 1857 em particular, tal argumento perde força e, não por acaso, Said atém-se aos de 1853. Nesse segundo momento, Marx se “afastou de um foco exclusivo na burguesia britânica para pensar as atividades e lutas dos indianos colonizados” (JANI, 2002, p. 82), denunciando a tortura dos ingleses como uma “uma instituição orgânica” (AVINERI, 1969, p. 224) da política colonial e de sua retórica racista.

É sobretudo a partir dos anos 1860 que Marx adotará outra postura. A colonização estadunidense do México havia sido analisada como progresso histórico. Isso, no entanto, muda “no caso da defesa do México contra a política anexionista dos Estados Unidos.” (MARX, 1972) e, no momento em que se prepara um ataque, Marx defende que “a planejada intervenção no México por parte da Inglaterra, França e Espanha é um dos mais monstruosos empreendimentos já cronicados nos anais da história internacional.” (AVINERI, 1969, p. 425). Acrescenta, ainda, que “o *Blue Book* da intervenção no México [...] contém a maior exposição para condenar a diplomacia inglesa moderna com todo seu hipócrita jargão de ferocidade contra os fracos, seu rastejar frente aos ricos e sua total desconsideração do direito internacional.” (AVINERI, 1969, p. 433).

Isso se reflete, também, na questão irlandesa. Em carta a Engels em 10 de dezembro de 1869, Marx marca explicitamente sua mudança ao dizer que inicialmente pensava possível a derrubada do regime irlandês pela ascensão da classe trabalhadora inglesa, o que expressou em artigos no jornal *New York Daily Tribune*. Porém, estudos aprofundados levam Marx à convicção de que a classe operária inglesa nada alcançará sem antes resolver a questão irlandesa. Essa é a alavanca e, por isso, um ponto-chave para o movimento social em geral (MARX, 2012b). Marx reinterpreta os laços entre Inglaterra e Irlanda em termos coloniais. Uma das principais fontes de riqueza da aristocracia fundiária inglesa advém dessa dominação, que provoca a migração dos trabalhadores pobres irlandeses para as cidades industriais inglesas que, por sua vez, pressiona para baixo os salários operários. O que causa, também, a xenofobia, já que o operário inglês, como membro de uma nação *dominante* é, de certo modo, instrumentalizado pelos capitalistas do seu país, que utilizam esse sentimento contra os irlandeses.

Marx prega um necessário rompimento da

classe operária com a política das classes dominantes, os trabalhadores ingleses devendo fazer causa comum com irlandeses – parte importante dos trabalhadores na Inglaterra –, pois este “antagonismo constitui o segredo da impotência da classe operária inglesa.” (MARX, 2012a) e ainda impede uma aliança entre operários na Inglaterra e nos Estados Unidos, defende Marx numa resolução do Conselho Geral da Internacional. A Irlanda representa, igualmente, o único motivo para manutenção de um grande exército na Inglaterra, e este pode se voltar, quando precisar, contra os operários ingleses.

Reforça-se, assim, o anticolonialismo de Marx. Ademais, tais situações concretas o levam a reinterpretar os elos entre colonialismo e capitalismo, na forma de relações de poder essenciais ao capitalismo mundial, inclusive no suprimento das matérias-primas obtido pelo “livre” mercado. Tal contexto passa a ser apreendido não tanto como força de modernização e mais como parte da hegemonia burguesa, com a descoberta dos novos mercados coloniais tendo evitado o agravamento da crise econômica de 1857.

Em *O capital*, “Marx não retoma a história das ‘formas que precedem a produção capitalista’”. No lugar dela, no final do mesmo primeiro volume, logo após tratar da lei geral da acumulação capitalista, aparece a análise brilhante da ‘acumulação originária do capital’.” (ALMEIDA, 2003, p. 48). Nos capítulos finais, “A chamada acumulação originária” e “A teoria moderna da colonização”, Marx pensa as relações entre a Inglaterra – e a Europa ocidental – e o resto do mundo. Caminha, assim, no sentido da existência de um sistema capitalista colonial.

No penúltimo capítulo do primeiro volume de *O capital*, Marx recapitula sua argumentação, citando a transformação do dinheiro em capital e depois do capital em mais-valia e desta em mais capital. Entretanto, diz o autor, forma-se um círculo vicioso: tal acumulação de capital pressupõe uma mais-valia e esta o capital e força de trabalho. Falta algo, alguma explicação e Adam Smith fala nesse contexto de uma “acumulação prévia”, uma acumulação antes da acumulação capitalista. Esta é, segundo Marx, o equivalente na economia política do pecado original na teologia. Ao contrário da narrativa da economia clássica que fala de uma concentração precedente, ocorre uma “violenta produção das condições da possibilidade da relação capitalista de produção.” (MEZZADRA, 2008, p. 133). O eixo de compreensão se desloca: da

necessidade histórica para a conquista. Indo contra a visão idílica da acumulação inicial, Marx afirma o processo histórico de separação do produtor rural dos meios de produção. A história dessa expropriação “está inscrita nos anais da humanidade em letra de sangue e fogo”, o capital vindo ao mundo “transbordando de sangue e de sujeira por todos os poros, da cabeça aos pés.”

Sua forma clássica ocorre na Inglaterra, no fim do século XV, com a pilhagem dos bens da Igreja e decretos – as *bills for Inclosure of Commons* – de cercamento das terras comunais, que permitiram a expropriação. Isso criou “para a indústria das cidades o aporte necessário de proletariado explorável à vontade”, pois os camponeses foram expulsos de suas terras. Assim, “o povo do campo, brutalmente expropriado e expulso de sua terra, reduzido à vagabundagem, foi restrito por leis de um terrorismo grotesco à disciplina necessária ao salariado por chicotadas, marcas de ferro vermelho e torturas”.

Tais atroz violências ligam-se à exploração da América, África, Ásia e de suas populações. Descreve Marx (2006, p. 843):

[...] a descoberta de terras de ouro e prata na América, o extermínio, escravização e enterramento da população nativa nas minas, o início da conquista e pilhagem das Índias Orientais, a transformação da África numa coutada para a caça comercial dos peles-negras, assinalam a aurora da era da produção capitalista. Estes processos idílicos são momentos principais da acumulação original. Lhes seguem de perto a guerra comercial das nações europeias, com o globo terrestre por palco. Inicia-se com a revolta dos Países Baixos contra a Espanha, toma contornos gigantescos na Inglaterra com a guerra antijacobina e prolonga-se ainda na guerra do ópio contra a China.

Esse sistema colonial possui papel fundamental, sendo o “‘deus estrangeiro’ que veio a se colocar no altar ao lado dos velhos ídolos da Europa.” (MARX, 2006, p. 805-852). É, também, no dito Novo Mundo que Marx desvenda o segredo do modo de produção e acumulação capitalista. Sua base consiste na expropriação do trabalhador, “aquilo a que os economistas chamam ‘Acumulação Prévia ou Original’, mas deve ser chamada ‘Expropriação Original’.” (MARX, 1987, p. 46).

Além de apontar os elos entre capitalismo

e colonialismo, Marx também pensa seus vínculos com a escravidão. Se sempre a condenou, agora a integra à sua compreensão do capitalismo e das lutas pela emancipação da classe trabalhadora. Em carta ao escritor russo Pavel Vasilyevich Annenkov, em dezembro de 1846, e em *A miséria da filosofia*, no ano seguinte, Marx coloca lado a lado a indústria moderna e a escravidão; esta no Suriname, Brasil e Sul dos Estados Unidos “é tão o pivô no qual nosso industrial do dia a dia gira quanto o são as máquinas, crédito, etc. Sem escravidão não haveria algodão, sem algodão, não haveria indústria moderna.” (MARX, 2012c).

Esse argumento é expandido nos escritos de Marx sobre a Guerra Civil Americana, pois os Estados escravistas “cresceram e se desenvolveram simultaneamente ao monopólio da indústria algodoeira inglesa no mercado mundial.”. Ademais, não dissocia a emancipação dos negros da classe operária estadunidense, a primeira sendo uma condição para a segunda, como aparece na saudação da *I Internacional* a Abraham Lincoln, escrita por Marx (1946, p. 325-27). Ligam-se exploração na Europa ocidental e no mundo em geral, pois “a escravidão camuflada dos operários assalariados na Europa necessitava do pedestal da escravidão *sans phrase* no novo mundo.” (MARX, 2006, p. 852-853).

Trata-se de uma virada no pensamento de Marx, segundo Aricó (1982). Mas não “completa”, diz, por sua vez, o filósofo argentino Dussel (1990, p. 244), pois a “Írlanda só importava porque livraria o proletariado inglês; assim como a Polônia e a Turquia tinham sentido porque debilitariam a reacionária Rússia. Mas, essas nações não valiam ainda por elas mesmas.”. Tais limites – reforçados – os acompanham em seus textos sobre a América Latina. Conforme coloca Aricó (1982, p. 82), “se, por um lado, [Marx] viu-se obrigado a reconhecer essa realidade ‘nacional’ na Irlanda, China, Índia, Espanha, Rússia ou mesmo na Turquia, não parecia estar disposto a admiti-la em países como o México, Argentina ou Brasil.”. Isso “não porque a negara explicitamente na teoria, mas pela incapacidade de reconhecê-la nas lutas concretas destes povos.”. De acordo com o pensador argentino, a América Latina foi apreendida em sua exterioridade, limitando, assim, sua compreensão.

Marx, nos seus últimos anos, voltará a pensar na região, “mas agora com novas preocupações, como as formas de propriedade antigas, os efeitos da colonização, etc., dirigidas em grande parte

precisamente a superar os vazios em sua compreensão da história e a sociedade latino-americana.” (GARCÍA LINERA, 2008, p. 50-51). Interessa-se, também, pela América do Norte em sua leitura de Morgan, que foi fundamental na transição do crescente anticolonialismo à incorporação da vitalidade dessas formas sociais outras.

3 MARX TRANSFORMADO: VITALIDADE DAS OUTRAS FORMAS SOCIAIS

O interesse de Marx, após a publicação de *O capital* centrou-se “nesta etapa do desenvolvimento social, para a qual Maurer, Morgan e a vasta literatura russa de que se ocupou, de 1875 em diante, proporcionaram uma base de estudos muito mais sólida do que a que estivera disponível em 1857-1858.” (HOBSBAWM, 1991, p. 49). Marx afeta-se por essas lutas outras. Isso pode ser percebido nos textos sobre a comuna rural russa e nas suas leituras de Morgan. São dois momentos-chave: o debate com os russos acerca do destino da comuna rural explicita seu questionamento dos estágios de desenvolvimento e seu diálogo com Morgan o leva a pensar a riqueza da organização política iroquesa, ambos remetendo à incorporação de outros atores e movimentos.

O que interessou Marx na comuna rural e na situação russa? Quais as características específicas desta? O que a comuna rural russa os leva (Marx e Engels) a pensar? Num primeiro momento, a Rússia é vista como o bastião da reação na Europa e os autores estavam sobretudo interessados na diplomacia czarista e em suas conspirações contra qualquer intento revolucionário. A partir do fim dos anos 1860, Marx entra em contato com revolucionários e intelectuais russos e aí se inicia seu interesse pelos problemas políticos e sociais russos, em particular a questão agrária e uma possível revolução camponesa.

O sucesso da versão russa de *O capital* foi decisivo para essa aproximação. O tradutor, o economista *narodnik* (populista) Nikolai Danielson, incentiva Marx a estudar as formas comunais de propriedade (RUBEL, 1974, p. 86). A partir desse momento, ele passa a ter contatos e trocas regulares com os jovens revolucionários, consolidando sua transformação. No início de 1870, Marx aprende russo para ter um contato direto com a literatura e debates locais e reúne uma documentação importante sobre o assunto. Numa

carta a Engels, Jenny Marx conta sobre a nova tarefa de seu marido, relatando que ele começou a estudar russo como se fosse uma questão de vida ou morte, chegando a preencher trinta mil páginas de anotações sem, no entanto, finalizar nenhum texto (SHANIN, 1983, p. 7-13).

Um texto de Engels, “Os problemas sociais da Rússia”, marca o início desse processo de reflexão sobre a Rússia e suas potencialidades revolucionárias, Engels responde, a pedido de Marx, ao revolucionário Petr Tkatchev que o havia acusado, numa carta aberta, de ignorar a situação específica russa, assim como suas possibilidades emancipatórias. Para Tkatchev, a Rússia seria a terra prometida do socialismo, pois nem a burguesia nem o proletariado aí existiam e por haver fortes instituições comunitárias. Ele pensava, nesse contexto, a vitória do socialismo como uma questão política, na formada derrubada do czarismo e da conquista do Estado pelos revolucionários.

Engels responde que o Estado russo trava qualquer revolução na Europa. Pensando na Alemanha, ele diz que a revolução nesse país teria que imediatamente enfrentar o exército russo da reação, pensando assim na queda do Estado czarista como uma das condições para a vitória do proletariado alemão. Continua, colocando que a Rússia importa no sentido de não atrapalhar as possibilidades revolucionárias alemãs. Esse artigo marca uma transição em curso. Engels prossegue numa visão de que o camponês “vegeta miseravelmente de geração para geração num marasmo que está de algum modo fora da história.” (ENGELS, 2012), mas abre a possibilidade de a comuna transformar-se num sentido socialista, se sair de seu atraso. Concorda, também, sobre a preparação em curso de uma revolução social na Rússia, mas ressalta a impossibilidade que esta assumia características socialistas, tendo em vista a ausência tanto de um proletariado numeroso como de uma burguesia capitalista forte. As formas comunitárias indicam uma aspiração dos russos a um modo de trabalho cooperativo e uma tendência a associar-se, mas o parâmetro ainda é exterior; o *mir* pode unicamente transformar-se numa forma de organização superior se for precedido de uma revolução proletária na Europa ocidental, já que essas comunas rurais caminham para sua dissolução.

Dois anos mais tarde, em carta ao conselho editorial da revista russa *Otechestvennye Zapiski* (*Notas da Pátria*), Marx (1963, p. 1.553-1.555, grifos nossos) argumenta que, caso a Rússia

prossiga no rumo seguido desde 1861, “perderá a mais bela oportunidade jamais ofertada a um povo, para padecer de todas as peripécias fatais do regime capitalista.”. Questionado acerca de qual “aplicação” de *O capital* na Rússia, contesta que se esta “tende a virar uma nação capitalista como as nações da Europa Ocidental, e *durante estes anos está buscando esse caminho*, ela não o conseguirá antes de haver transformado uma boa parte de seus camponeses em proletários.”. Tendo feito isso, será levada à máquina capitalista e “viverá suas leis impiedosas, como outros povos profanos. É isto.”.

O que não significa uma marcha obrigatória da história, pois não faz sentido, para Marx, transformar seu “esboço histórico da gênese do capitalismo na Europa ocidental numa teoria histórico-filosófica da marcha geral, fatalmente imposta a todos os povos, quais que sejam as circunstâncias históricas onde se encontram.”. Tal teoria histórico-filosófica geral, diz Marx, teria como principal *virtude* a de ser supra-histórica. Uma prova de que esse texto não é uma simples carta situa-se na mudança – ou esclarecimento – nas edições posteriores de *O capital* num trecho importante, a saber, a já citada expropriação dos camponeses (WADA, 1983, p. 44-49). Marx reforça que o que havia escrito sobre a inevitabilidade histórica só era válido para os países da Europa ocidental – de onde saiu o capitalismo das entranhas do feudalismo e sua ordem econômica –, indicando novos olhares e propostas para problemas postos por movimentos oriundos de outros horizontes.

Logo, a Rússia e outros podem seguir caminhos distintos. Na troca de cartas com os russos, Marx utilizará essa nova edição francesa, como o faz na correspondência – e rascunhos – com Zasluch. Esta era parte do movimento populista (*narodnik*), uma corrente revolucionária russa que questionava tanto o escravismo dos que defendiam a especificidade – e superioridade – eslava como as ideias dos liberais e outros sobre capitalismo europeu como futuro obrigatório da Rússia. Defendia, assim, a possibilidade de um salto em direção a outra sociedade, sem passar pelo capitalismo. Seu autor mais conhecido foi Chernyshevskii e teve como expressão política o *Narodnaya Volya* (Partido da Vontade do Povo), organização clandestina que exerceria considerável influência no período entre 1879 e 1883 antes de ser esmagada com execuções e exílios (SHANIN, 1983, p. 8).

Zasluch pergunta a Marx, no contexto das discussões que *O capital* gera na Rússia nos meios revolucionários, como questão de vida ou morte – pois dessa resposta dependeria o destino pessoal dos revolucionários russos: se a comuna rural, liberta dos pesados impostos e outros pagamentos aos senhores e à administração czarista, seria capaz de evoluir num rumo socialista, organizando-se em bases coletivistas? Nesse caso, o militante socialista deve centrar-se na libertação da comuna e no seu desenvolvimento. Ou, se os autointitulados marxistas estão corretos e essa comuna é uma forma arcaica cujo destino é perecer, de acordo com o socialismo científico, os militantes deveriam centrar-se em outras ações. Zasluch (1974, p. 1.557) clama por uma exposição das ideias de Marx sobre o destino da comuna e sobre a “teoria da necessidade histórica para todos os países do mundo de passar por todas as etapas da produção capitalista.”.

Marx leva três semanas para responder e redige quatro rascunhos, antes de enviar sua versão definitiva. Qual sua resposta? Marx reafirma a condição mestra do sistema capitalista, a separação radical entre o produtor e seus meios de produção. E, citando *O capital*, afirma sua realização de forma radical somente na Inglaterra, embora os demais países da Europa ocidental estejam na mesma onda. Nesse sentido, a “fatalidade histórica” restringe-se aos países nos quais uma forma de propriedade privada é substituída por outra forma de propriedade privada. Desse modo, responde Marx, a análise contida em *O capital* não lhe permite dizer-se nem contra, nem a favor da comuna rural, mas “o estudo especial que fiz, e para o qual busquei material nas fontes originais, me convenceram que esta comuna é o ponto de apoio da regeneração social na Rússia.”. Para isso, no entanto, “tem que ser eliminadas influências deletérias que a perseguem por todos os lados e, em seguida, lhe asseguraras condições normais de um desenvolvimento espontâneo.” (MARX, 1974, p. 1.558).

Nos rascunhos da carta, Marx reforça alguns pontos importantes, como o de salientar que a ameaça à comuna não é uma “inevitabilidade histórica nem uma teoria; é a opressão estatal e a exploração por capitalistas intrusos que o Estado tornou poderosos em detrimento dos camponeses.”. Além disso, a contemporaneidade do *mir* com o modo capitalista de produção pode lhe permitir uma combinação única de circunstâncias, ou seja, “livrar-se de suas

características primitivas e desenvolver-se diretamente como um elemento da produção coletiva em escala nacional.”. Poderia, assim, “apropriar-se de todas as realizações positivas sem passar por suas terríveis e temíveis vicissitudes.” (MARX, 1983, p. 105). No entanto, isso envolve, também, livrar-se das características ditas primitivas do *mir*, onde “cada comunidade forma um todo fechado” e “se ligam entre si apenas por intermédio do ‘paizinho, o czar’ e apenas pelo poder supremo, patriarcal, que ele exerce.” (BAKUNIN, 2003).

Em suma, para responder à questão de Zasulich, Marx propõe sair da teoria abstrata e ir à empiria russa. Situa, ademais, o fator decisivo: só uma revolução russa poderá salvar o *mir*. Assim, Marx, que nos anos 1860 era hostil aos *narodniki*, identificou posteriormente “por trás da ironia de Chernyshevskii e dos atentados a bomba da *Vontade do Povo*, uma densa análise e importantes *insights* de uma realidade que era diferente da sua, assim como algumas questões estratégicas e considerações que poderiam ocasionar novas perspectivas.”. Seus últimos escritos “mostram o quanto Marx adotou e desenvolveu novas visões a respeito da Rússia – enriquecendo sua própria análise e sendo crítico de si mesmo.” (SHANIN, 1983, p. 275).

Os debates acerca do *mir* estão presentes no momento em que Marx e Engels redigem o prefácio à segunda edição russa do *Manifesto*. Perguntam-se novamente se a comuna russa poderia passar diretamente para uma forma superior – isto é, comunista – de propriedade ou se deveria obrigatoriamente passar pelas etapas europeias ocidentais. Respondem os autores, que “se a revolução russa tornar-se o sinal para a revolução proletária no Ocidente, de modo que uma complemente a outra”, então “a atual propriedade em comum da terra na Rússia poderá servir de ponto de partida para um desenvolvimento comunista.” (MARX; ENGELS, 1996, p. 43-44).

Ao mesmo tempo que debatiam os rumos do *mir*, Marx e Engels tinham contato com alguns trabalhos etnológicos. Marx liga a comuna russa aos ameríndios, ao citar Morgan em rascunho de carta para Zasulich, ao colocar que “nas palavras de um escritor americano que [...] não é visto como tendo tendências revolucionárias, ‘o novo sistema’ em direção da qual a sociedade moderna tende ‘será uma revivescência, numa forma superior, do tipo social arcaico’.” (MARX, 1983, p. 107). Esse contato com a etnologia transforma as ideias

marxianas. Foi intenso o impacto da leitura de *Ancient Society*, de Morgan. Engels chega a dizer em carta a Karl Kautsky que “Morgan tornou possível vermos as coisas de pontos de vista inteiramente novos.” (ROSEMONT, 1989, p. 210). Pontos de vista novos; pela primeira vez, o autor tem contato com relatos detalhados da existência concreta de uma sociedade sem classes, os iroqueses.

De acordo com o antropólogo estadunidense Lawrence Krader, tais leituras etnológicas ligam-se aos estudos a respeito das comunidades rurais – como as *Formen* – e aos debates sobre o *mir* russo. Morgan “proveu a base material para a doutrina da permanência da propriedade em sua particular forma da propriedade privada [...]. Os manuscritos etnológicos complementam assim as posições dos *Grundrisse* e de *O capital*. Krader apresentou e organizou esses *Cadernos etnológicos*, publicados 89 anos após a morte de Marx e guardados no *International Institute of Social History*, em Amsterdã, Holanda. Nestes, Marx, entre 1880 e 1882, transcreve, anota e comenta trechos das obras de quatro antropólogos: Morgan, John Budd Phear, Henry Summer Maine e John Lubbock. Além destes, Marx estudou, também, obras de Georg Maurer e Maxim Kovalevsky.

A intenção de Marx era apresentar esses trabalhos, embora não se saiba qual seria sua forma final, pois estava em gestação. Suas longas anotações são um quebra-cabeça. Marx, como de hábito, quando se interessava pelas obras, transcreveu fartamente o livro de Morgan. Anotou em detalhe a organização das partes e dos capítulos e, ainda, “na organização dos excertos e notas de Morgan, Marx permaneceu à parte, comparada com sua organização do material de Maine. [...] Suas concepções relativas a Morgan devem ser interpretadas *ex silentio*, pela sua escolha dos materiais.”. Marx destacou 130 trechos, com 25 comentários, que fornecem indicações preciosas sobre seus principais interesses no decorrer da leitura e releitura; 28 notas marginais tratam da organização política/governamental, da democracia primitiva, dos conselhos e o papel das mulheres, 27 trechos abordam a propriedade comunal, habitação e terra e outros dezanove a posse comunal (KRADER, 1974).

Dois ideias de Morgan chamam particularmente a atenção de Marx. De um lado, a organização política dos iroqueses; de outro lado, o papel da propriedade na evolução histórica, esta

sendo um divisor de águas. Seu interesse particular pelas formas políticas democráticas dos iroqueses é atestado pelo volume muito maior de trechos selecionados, representando a maior parte dos *Cadernos etnológicos*. Marx transcreveu de forma detalhada as cerimônias e ritos do Conselho iroquês. Tal Confederação unia as diferentes tribos iroquesas (Mohawks, Oneidas, Onondagas, Cayugas e Senecas) e baseava-se em uma série de direitos: eleger, depor os *sachems* e chefes e compromisso de ajuda e de defesa mútuas. Os princípios democráticos nasceram, para Morgan, nesse período, definindo esta como uma democracia de tipo arcaico. De acordo com Morgan (1964), “princípios democráticos eram o elemento vital da sociedade gentílica, [...] uma destacada produção de sabedoria e sagacidade.”.

Morgan “era parte do movimento do pensamento americano, que estava ainda vivo, ligado à tradição de igualdade comum e às revoluções americana e francesa.” (WHITE, 1964, p. XXXVI), notadamente ao pensamento de Jefferson e sua democracia insurrecional (RAULIN, 2010, p. 228). Antiaristocrata e defensor da difusão da propriedade, sua famosa conclusão, retomada por Marx, em rascunho para Zasulich, e por Engels, no fim de *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, faz uma crítica da civilização contemporânea e prega uma incorporação de antigos elementos da humanidade numa forma vindoura (MORGAN, 1964, p. 552).

Os estudos sobre o *mir*, os debates com revolucionários russos e a leitura de Morgan permitiram um deslocamento em Marx. Os relatos de Morgan sobre os iroqueses “deram a ele uma vívida atenção acerca da *atualidade dos povos indígenas*, e talvez mesmo um vislumbre da possibilidade de tais povos darem *suas próprias* contribuições à luta global pela emancipação humana.” (MORGAN, 1964; grifos nossos). Nova ótica, nova abordagem. Marx manifesta, como se viu, uma hostilidade crescente ao colonialismo e ao capitalismo e passa a fazer uma apreciação distinta das forças potencialmente revolucionárias desses sujeitos outros, “pessoas de cor (*people of color*); nos colonizados, camponeses e ‘primitivos’.”, o que faz seu genro Paul Lafargue escrever que ele voltou de Argel em 1882 “com sua cabeça cheia da África e dos árabes.” (ROSEMONT, 1989, p. 207-208).

Como explicar essa capacidade de Marx de se transformar? Por seu contato com as lutas. A

riqueza do pensamento marxiano reside nisso, na sua “contaminação” pelas lutas. Quando questionado acerca do futuro do *mir*, Marx retrabalha o já escrito em *O Capital*, descendo da teoria pura para a realidade russa. Nesse sentido, “enquanto a primeira geração dos seus intérpretes lutavam infundavelmente pela pureza da dedução de seu mestre, Marx mesmo fez o oposto. Recusou-se a deduzir a realidade social dos seus próprios livros.” (SHANIN, 1983, p. 275).

4 COMUNISMO PRIMITIVO E POR VIR

Após analisar os textos, cartas, rascunhos, transcrições e anotações de Marx acerca do *mir* russo e dos escritos antropológicos de sua época, em particular Morgan, pode-se dizer que ocorre uma mudança em que o autor passa a valorizar por si mesmas as experiências e formas de resistências que ocorrem fora dos países da Europa ocidental. Um ponto fundamental dessas formações sociais situa-se na propriedade comum da terra. Isso por dois aspectos. Por um lado, sua dissolução explica a origem da sociedade civil e do Estado, e, por outro, sua possível regeneração – em outras formas – é compreendida em termos comunistas. As mudanças de Marx no que toca às formações não ocidentais ligam-se ao estudo da propriedade fundiária.

Tal ponto-chave remete ao primeiro texto de Marx sobre uma questão material, no qual acompanha a discussão na Dieta renana para definir se a prática tradicional de colheita da lenha por parte dos pobres configurava-se num roubo ou não. Com a madeira valorizada por sua integração no circuito mercantil, havia uma pressão dos proprietários de terra para transformar a colheita da lenha em delito. A alternativa a isso seria sua manutenção como bem para satisfação de necessidades elementares, e um embate, então, ocorre entre duas formas de direito, o de propriedade e o dos costumes, que incluíam direito de passagem, de pasto e colheita de lenha. Estava, assim, em jogo, a definição da propriedade.

Marx argumenta que para se apropriar de madeira verde, esta deveria ser arrancada com violência, o que iria contra a integridade da árvore e o direito de propriedade. No entanto, quando se trata de galhos, nada seria tirado da propriedade, além do que já havia caído. O proprietário possui a árvore, mas a árvore não possui mais os galhos. Assim, são duas coisas bem distintas, e, ao considerar duas práticas diferentes como atentado

contra a propriedade privada, a lei ficaria atenuada onde deveria ser aplicada. Marx pensa, nesse contexto, com Proudhon e pergunta se qualquer propriedade não seria um roubo, pois, sendo proprietário, exclui-se qualquer outra pessoa dessa possibilidade.

Em seguida, Marx efetua defesa dos direitos dos pobres, dos direitos de costume e dos não proprietários diante dos proprietários. Alguns objetos deveriam pautar-se pelo direito de ocupação da classe, que excluída de qualquer propriedade, “ocupa na sociedade civil a mesma posição que estes objetos na natureza.” (MARX, 1984, p. 104). Marx defende um sentido instintivo do direito dos que nada possuem. Ademais, com Locke, diz que tal propriedade não é legítima, pois não passou por uma ação transformadora, por um trabalho. Aplica-se, nesse caso, o direito de ocupação.

Marx opõe, assim, a propriedade comunal – que seria no princípio generalizada – à privada. Retomando as *Formen*, o capitalismo tem como pressuposto a separação do trabalhador dos meios de produção. Isto é, a separação do trabalhador de sua terra, o que “significa a dissolução tanto da pequena propriedade livre quanto da propriedade comunal da terra assentada sobre a comuna oriental.” Nesta, os indivíduos são proprietários, como membros da comunidade em que vivem e trabalham. Seu objetivo é a manutenção da família e não a criação de valor e a terra “é o grande laboratório, o arsenal que proporciona tanto os meios e objetos do trabalho como a localização, a base da comunidade. [...]. Eles se consideram como seus *proprietários comunais*.” (MARX, 2011, p. 65-67; grifos nossos).

Nos *Manuscritos* parisienses, Marx (2004, p. 75) já compreende “a propriedade fundiária” como “raiz da propriedade privada”. Ademais, em “A nacionalização da terra”, Marx defende que “a propriedade do solo é a fonte original de toda riqueza e ela se transformou no grande problema cuja solução determinará o futuro da classe operária”, salientando que juristas, filósofos e economistas “disfarçam esse *fait initial* da conquista sob o argumento do ‘direito natural’.” (RUBEL, 1963, p. 1.476), evidentemente direito natural de alguns.

Tal visão é enriquecida nos chamados *Cadernos Kovalevsky*. Em setembro de 1879, em meio ao seu período de estudos sobre as sociedades agrárias para a redação do volume 3 do *Capital*, Marx recebe do historiador russo Kovalevsky seu

livro *Obshchinnoe Zemlevladienie* e “como resultado de sua leitura, Marx redigiu, entre notas, comentários e transcrições, mais de oitenta páginas de um dos seus cadernos.”. Marcam Marx certos argumentos convergentes com os seus, principalmente o sobre a *propriedade* comunal da terra e sua existência “nos momentos iniciais do surgimento da organização social dos homens”. Marx (re)pensa a distinção entre posse e propriedade da terra e “dá conta da impossibilidade de aplicar o mesmo conceito de ‘propriedade’ usado para a Europa, para estudar sociedades onde a terra não pode ser alienada (vendida)” (GARCÍA LINERA, 2008, p. 23-25). Marx troca sistematicamente “propriedade” por “posse” nesses *Cadernos*, indicando a comunidade como proprietária e os indivíduos como possuidores da terra.

Ademais, o autor reforça sua visão de uma diversidade dos caminhos do desenvolvimento histórico dos povos, ironizando os feudalismos encontrados por Kovalevsky. Em muitas partes do mundo, não ocorreu transição entre duas formas de propriedade privada, da feudal para a capitalista, mas sim de uma forma comunal para uma privada. Não se trata de pensar uma sucessão progressiva, mas a existência de “formas sociais particulares que precederam indistintamente o surgimento do regime capitalista em distintas zonas geográficas do planeta”, indicando uma “extraordinária diversidade das modalidades organizativas da sociedade humana e, em particular, sobre a existência de uma muito longa etapa da vida comunitária de todos os povos.” (GARCÍA LINERA, 2009, p. 237). Caminhos a serem descobertos e enriquecidos.

A propriedade comunal deixa de ser localizada em um só lugar (Índia) ou em alguns (Índia e Europa) para se generalizar, sendo assim o início da trajetória de todos os povos. A propriedade comunal da terra como instituição primeira para Engels. Nos anos 1880, a Índia é considerada somente uma das extremidades de um arco de sociedades de propriedade coletiva; “a partir desse momento para Engels a forma típica do comunismo primitivo é a forma social das tribos americanas analisadas por Morgan, e não mais a forma das sociedades asiáticas.”. Desse modo, na tradução inglesa de *O Capital* (na publicação de 1887), Engels tira o termo “oriental” da expressão “propriedade comum oriental.” (THORNER, 1969, p. 363). Nesse contexto, a discussão sobre a comuna russa e sobre Morgan liga-se

diretamente ao pensar em Marx num contexto latino-americano.

Se existe uma ruptura entre as sociedades sem classes e as sociedades de classes, como pensá-la, assim como seus elos também existentes? Ao reconhecer essa diferença-chave entre sociedades sem classes e sociedades de classe, o que pensar dos estágios de desenvolvimento? Como se viu, em *A ideologia alemã*, Marx e Engels rejeitam qualquer “teoria histórico-filosófica” e situam sua argumentação sobre “evolução histórica” com algumas abstrações. E, em seus escritos a partir da década de 1860, Marx vai ignorar ou deixar de lado qualquer sistema classificatório geral; em *O capital* não há lista dos modos de produção, somente é citada a sequência europeia ocidental – isto é, escravismo, feudalismo e capitalismo. Ao não usar os estágios da mesma forma que o havia feito anteriormente, Marx escapa de apreensões esquemáticas, pois “uma vez ‘capturados’ no movimento da história universal, os espaços não europeus teriam como destino o de repetir as etapas do percurso tomado pela Europa.”

A compreensão de Marx aproxima-se de uma perspectiva de multiplicidade de tempos e de relações sociais que são, também, contemporâneas. Há certa sucessão no tempo, mas também curtos-circuitos. Isso torna possível pensar numa articulação outra que não uma linha linear e progressiva do tempo histórico. Permite, assim, compreender a questão da diferença entre sociedades de e sem classes por uma via diferente. Nesse sentido, o filósofo italiano Mezzadra critica o discurso hegeliano de expansão e mundialização do espírito e da racionalidade a partir da Europa, argumentando que este cria uma divisão temporal e espacial e uma dicotomia entre história e não história. Dessa forma, “a fronteira era precisamente construída como absoluta para ser ultrapassada. A expansão colonial encontrava-se assim inscrita nos pressupostos epistêmicos da modernidade europeia.” (MEZZADRA, 2006, p. 76-77).

A narração linear, do centro em direção à periferia, é substituída por uma inter-relação permanente. Por via de uma mútua influência, as colônias constituem laboratórios da modernidade tanto quanto as metrópoles. Trata-se de um sistema mundial híbrido e, assim, não faz sentido opor “tradição” e “modernidade”, pois as “civilizações pré-coloniais são em muitos casos muito avançadas, ricas, complexas e sofisticadas;

e as contribuições dos colonizados à assim chamada civilização moderna são substancial e em grande medida não reconhecidas.” (HARDT; NEGRI, 2009, p. 68). Além disso, com a expansão – quase ao limite do planeta – do modo de produção capitalista, todos estão inseridos numa mesma contemporaneidade.

Tais contemporaneidade e simetria dos tempos estão presentes nos elos entre comunismo primitivo e comunismo por vir. Para Marx e Engels, o sistema capitalista “criou pela primeira vez a história mundial.” Esta nem sempre existiu. Trata-se de um resultado e o comunismo é entendido nesse contexto, pois “pressupõe o desenvolvimento universal da força produtiva e o intercâmbio mundial associado a esse desenvolvimento.” (MARX; ENGELS, 2007, p. 60).

Marx conjuga, como o apontou Lefort, uma história evolutiva – via o desenvolvimento das forças produtivas – e uma repetitiva – ligada à comunidade mediadora entre produtores e fatores de produção. Assim, “o pré-capitalismo é apreendido desde o capitalismo, como seu *outro*.” (LEFORT, 1978, p. 338, grifos nossos) e, numa revolução copernicana, o que deve ser explicado é a separação dos trabalhadores dos seus meios de produção. Esta – e não o contrário – é a exceção. Como se viu, a conclusão de Morgan é retomada por Marx e Engels, assim como as formas sociais igualitárias e sem classes constituem inspiração para futuras organizações. O *mir* deveria, dessa forma, romper seu isolamento e utilizar a modernidade e suas tecnologias.

A compreensão do “comunismo primitivo” relaciona-se com uma dimensão metodológica das *Formen*. Trata-se do método regressivo e não de uma perspectiva que busca demonstrar o progresso. Marx parte da fundamental separação dos trabalhadores dos seus meios de produção – a terra sobretudo – “para então investigar as formas de unidade que foram sendo negadas, dissolvidas, suprimidas, ao longo da evolução social.” (MORAES, 1995, p. 116). Mais do que o “comunismo primitivo” existiriam, assim, comunismos primitivos ou uma multiplicidade de formações sociais sem classes que a antropologia investiga. Marx toma um caminho não de buscar um esquema totalidade de progresso, mas algo no sentido de opor à apropriação privada diversas formas comunais. Não pensa numa sucessão linear de modos de produção e os processos inglês e europeu ocidental não são antecipação dos demais.

Retomando a questão das *enclosures*, condição do surgimento do capitalismo, a destruição que essas causam não se situa unicamente no meio de vida e subsistência dos camponeses pobres, mas principalmente numa “inteligência coletiva concreta, ligada a esse comum do qual todos dependiam.” (STENGERS, 2009, p. 108), num patrimônio comum de criações coletivas. A filósofa belga Stengers propõe, assim, um deslocamento da famosa frase do *Manifesto* já citada sobre a história das lutas de classes, pensando que todos descendem ou das bruxas – isto é das criações coletivas pré-capitalistas – ou de seus caçadores; do pensamento dominante e unificador (capitalista) ou dos múltiplos comuns. O que uniria essas relações sociais pré-capitalistas tão distintas? Ao menos o fato de a expansão capitalista buscar destruí-las todas. Em termos marxistas, trata-se da oposição dessas diferentes formas sociais e econômicas à apropriação privada.

Tal perspectiva não seria, pensa-se, estranha a Marx, pois este afirma que “a história do declínio das comunidades primitivas ainda deve ser escrita (seria incorreto colocar todas no mesmo plano, até agora se tem só esboços).” (MARX, 1983, p. 107). O autor pensa, além disso, nos potenciais revolucionários dessas formas sociais outras. Ou seja, o sentido de “comunismo primitivo” refere-se mais a um antagonismo à apropriação privada que uma mesma forma de todos os povos numa etapa inicial. Para apreender tais relações sociais, necessita-se, como Marx colocou no caso russo, descer da teoria pura rumo à realidade. Nesse contexto, situa-se a força da antropologia, já que as diversas formas de “comunismo primitivo” – e inclusive a pertinência ou não deste conceito – não são pensáveis sem sua contribuição específica.

Toda época vive a possibilidade de libertar os seus e os outros. Benjamin (1991, p. 228) pensa, nesse âmbito, o papel do proletariado, como a “última classe escravizada, a classe vingadora que, em nome de gerações de derrotados, leva a termo a obra de libertação. Essa concepção que, por um momento, deverá reviver nas revoltas de Spartacus.” Não por acaso, no “Questionário Proust” – que Benjamin certamente não conhecia –, o herói preferido de Marx é... Spartacus! (SHANIN, 1983, p. 140). Pode-se dizer que a partir das lutas, um diálogo entre Marx e os outros se coloca, indicando um elo profundo entre resistências em distintos momentos históricos e locais geográficos. Diálogo em construção.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Mauro William Barbosa de. Marxismo e antropologia. In: BOITO JÚNIOR, Armando; TOLEDO, Caio Navarro de (Org.). *Marxismo e ciências humanas*. Campinas: Xamã/CEMarx/Fapesp, 2003.
- ARICÓ, José. *Marx e a América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- AVINERI, Shlomo (Org.). *Karl Marx on colonialism and modernization: his dispatches and other writings on China, India, Mexico, the middle east and north Africa*. New York: Anchor, 1969.
- BAKUNIN, Mikhail. *Estatismo e anarquia*. Tradução de Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Ícone, 2003.
- BENJAMIN, Walter. Sur le concept d’histoire. In: *Écrits français*. Paris: Gallimard, 1991.
- BERT, Jean-François (Org.). *Trois lettres à propos du mode de production asiatique (juin 1853)*. Estrasburgo: La Phocide, 2010.
- DUSSEL, Enrique. *El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana*. México: Siglo Veintiuno, 1990.
- ENGELS, Friedrich. Carta para Bebel [16-18 mar. 1875]. Disponível em: <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1875/letters/75_03_18.htm>. Acesso em: 22 jul. 2012.
- GARCÍA LINERA, Álvaro. *Forma valor y forma comunidad*. La Paz: Clacso/Muela del Diablo, 2009.
- GARCÍA LINERA, Álvaro. Marxismo y mundo agrario. In: STEFANONI, Pablo (Ed.). *La potencia plebeya: acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*. Buenos Aires: Prometeo/Clacso, 2008. p. 23-51.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Commonwealth*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- HOBSBAWM, Erick. Introdução. In: MARX, Karl. *Formações econômicas pré-capitalistas*. Tradução de João Maia. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

- JANI, Pranav. Karl Marx, eurocentrism, and the 1857 revolt in British India”. In: BARTOLOVICH, Cristal; LAZARUS, Neil (Org.). *Marxism, modernity, and postcolonial studies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- KRADER, Lawrence. Introduction. In: KRADER, Lawrence (Org.). *The ethnological notebooks of Karl Marx: studies of Morgan, Phear, Maine, Lubbock*. Assen (The Netherlands): Van Gorcum, 1974.
- LEFORT, Claude. Marx: d’une vision de l’histoire à l’autre. In: *Les formes de l’histoire*. Paris: Gallimard, 1978.
- MARX, Karl. Carta para Beesly [16 set. 1870]. Disponível em: <http://marxists.org/archive/marx/works/1870/letters/70_09_16.htm>. Acesso em: 22 jul. 2012b.
- _____. Carta para Engels [10 dez. 1869]. Disponível em: <http://marxists.org/archive/marx/works/1869/letters/69_12_10.htm>. Acesso em: 22 jul. 2012a.
- _____. Carta para Pavel Vasilyevich Annenkov [dez. 1846]. Disponível em: <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1846/letters/46_12_28.htm>. Acesso em: 22 jul. 2012c.
- _____. De la asociación internacional de trabajadores a Abraham Lincoln (1864). In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *La guerra civil en los Estados Unidos*. Buenos Aires: Lautaro, 1946.
- MARX, Karl. Débats sur la loi relative au vol de bois. In: LASCOUMES, Pierre; ZANDER, Hartwig. *Marx: du “vol de bois” à la critique du droit*. Paris: PUF, 1984. (Édition critique de “Débats sur la loi relative au vol de bois” et “Justification du correspondant de la Moselle”).
- _____. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política*. Tradução de Mário Duayer, Nélio Schneider, Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman. São Paulo: Boitempo, 2011.
- _____. La guerra civil en los Estados Unidos [25 de outubro de 1861]. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Materiales para la historia de América Latina*. Córdoba: Cuadernos de Pasado y Presente, 1972.
- _____. *Le capital* (Livre Premier). Paris: PUF, 2006.
- _____. Lettre au conseil éditorial de Otechestvennye Zapiski, réponse à Mikhailovski [novembro de 1877]. In: RUBEL, Maximilien (Org.). *Karl Marx oeuvres I*. Paris: La Pléiade, 1963.
- _____. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. Réponse à Vera Zasulich [8 de março de 1881]. In: RUBEL, Maximilien. *Marx critique du marxisme*. Paris: Payot, 1974.
- _____. *Salário, preço e lucro*. São Paulo: Moraes, 1987.
- _____. The first draft. In: SHANIN, T. (Org.). *Late Marx and the russian road: Marx and “the peripheries of capitalism”*. New York: Monthly, 1983.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Luciano Cavini Martorano, Nélio Schneider e Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007. Título original: *Die deutsche ideologie*.
- _____. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Perseu Abramo, 2001.
- _____. Prefácio à edição russa de 1882. In: *O manifesto do partido comunista*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Leandro Konder. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- MEZZADRA, Sandro. *La condizione postcoloniale: storia e politica nel presente globale*. Verona: Ombre Corte, 2008.
- _____. Temps historique et sémantique politique dans lacritique post-coloniale. *Multitudes*, v. 3, n. 26, p. 76-77, 2006.
- MORAES, João Quartim de. A “forma asiática” e o comunismo agrário primitivo. In: *Crítica Marxista*, São Paulo, Ed. Unicamp, v. II, p. 107-28, 1995.

MORGAN, Lewis Henry. *Ancient society*. Cambridge: Belknap, 1964.

RAULIN, Anne. Sur la vie et le temps de Lewis Henry Morgan. *L'homme*, n. 195-196, p. 225-46, 2010.

ROSEMONT, Franklin. Karl Marx and the Iroquois. In: *Arsenal*. Chicago: Black Swan, 1989.

RUBEL, Maximilien (Org.). *Karl Marx oeuvres I*. Paris: La Pléiade, 1963.

RUBEL, Maximilien. *Marx critique du marxisme*. Paris: Payot, 1974.

SAID, Edward W. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

SHANIN, Teodor (Org.). *Late Marx and*

the russian road: Marx and “the peripheries of capitalism”. New York: Monthly, 1983.

STENGERS, Isabelle. *Au temps des catastrophes: résister à la barbarie qui vient*. Paris: La Découverte, 2009.

THORNER, Daniel. Marx et l’Inde: le mode de production asiatique. *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, v. 24, n. 2, 1969.

WADA, Haruki. Marx and revolutionary Russia. In: SHANIN, Teodor (Org.). *Late Marx and the russian road: Marx and “the peripheries of capitalism”*. New York: Monthly, 1983.

WHITE, Leslie A. Introduction. In: MORGAN, Lewis Henry. *Ancient society*. Cambridge: Belknap, 1964.

ZASULICH, Vera. Lettre à Marx [16 de fevereiro de 1881]. In: RUBEL, Maximilien. *Marx critique du marxisme*. Paris: Payot, 1974.

ARTIGO 357 DO CPC (ÔNUS DA PROVA): despacho saneador na Justiça do Trabalho?

Lorena de Mello Rezende Colnago¹

1 INTRODUÇÃO

A questão da distribuição do ônus da prova é bastante controversa no processo, em especial no Processo do Trabalho. O modelo de Estado Democrático de Direito impõe uma nova visão acerca do instituto, considerando a concepção de processo como instrumento de produção democrática de direito.

Atualmente, qual é a regra sobre distribuição do ônus da prova que tem prevalecido nos processos individuais e coletivos? Há necessidade de mudanças em pró da efetividade processual? Qual critério merece ser adotado?

Assim, para estudar o tema é necessária uma incursão no conceito de verdade. O marco teórico para a pesquisa será Malatesta, que explica o acesso à verdade por meio de categorias de certeza. Taruffo também é outro autor de renome que traça um liame estreito entre a verdade e a prova, na busca da certificação dos fatos que interessam ao Direito. Contudo, nem sempre a verdade e a prova, por meio dos sistemas apresentados pelos autores estiveram juntas ao longo da história do Direito. Por isso, fixar-se-á o conceito de verdade processual, após uma detida análise sobre o tema. Nesse ínterim, destaca-se o estudo da natureza jurídica das normas sobre a prova para a definição do conceito de ônus processual, pois a escolha de uma delas justifica o tipo de influência exercida pelo direito material na composição das regras de sua distribuição. Há três correntes sobre o tema (natureza jurídica das provas): material, processual e mista (de Chiovenda).

Feitas essas considerações, passa-se à análise da distribuição do ônus da prova no processo individual e no Processo Coletivo do Trabalho, partindo da análise do moderno conceito de

processo e do microsistema de acesso coletivo à Justiça.

Por fim, analisar-se-á a inversão do ônus de prova motivado como regra de instrução processual, nos termos do art. 357 da Lei 13.105/2015 e sua aplicabilidade no Processo do Trabalho.

A pesquisa será realizada por meio do método hipotético-dedutivo com a utilização de material bibliográfico e documental.

2 CONCEITO DE VERDADE

A palavra *verdade* é de origem latina *veritate*, que possui dentre seus significados: “qualidade pela qual as coisas se apresentam como são, representação fiel, conformidade do que se diz com o que se é.” (DICIONÁRIO, 2007). Conforme Santo Agostinho: *verum est id quod est* – “a verdade é o que é” (*apud* BARROS, 2002, p. 14). De acordo com o jusfilósofo Kant, o homem toma conhecimento de si e dos fatos que o cercam por meio de doze categorias *a priori* da razão, ou absolutizadas, dentre as quais estão o tempo e o espaço (KANT, 1996). Walter Brugger em seu *Dicionário de filosofia* (*apud* BARROS, 2002, nota 3, p. 15) entende ser a verdade uma adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade.

Com uma visão pragmática, James (1974, p. 23, 24 e 42) afirma ser a verdade uma propriedade de algumas de nossas idéias, sendo que a consideração da verdade está intimamente ligada com as idéias que conseguimos assimilar. Já Russel (1974, p. 165) entende a relativização dos conceitos de verdade e falsidade, na medida em que ambas são propriedade da mente humana. Malatesta (1911, p. 27) afirma que a verdade em geral é a conformidade da noção ideológica com a realidade, ou seja, a crença dessa percepção, o que ele denomina de certeza.

¹ Mestre em Direito Processual (UFES). Pós-Graduada em Direito Previdenciário, Material e Processual do Trabalho (UNIVES). Professora. Autora de livros e artigos. Atuou como advogada (2004-2005). Foi Assessora Jurídica do Ministério Público do Trabalho da 17.ª Região (2007-2009). Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região. É membro da Rede Latino-Americana de Juízes – RedLaj e do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho.

Nesse ínterim é interessante destacar a convergência, em geral, do conceito de verdade ao se estabelecer um liame entre o acontecimento fático e o conhecimento humano acerca dele, sendo essa interpretação denominada: verdade. Pode-se dizer que a verdade consiste na interpretação humana dos fatos da vida.

Malatesta (1911) escreveu uma das obras mais clássicas no estudo da prova, “A lógica das provas em matéria criminal”, marco referencial para o estudo do instituto em qualquer ramo processual. No seu estudo introdutório sobre a relação existente entre a verdade e a prova a verdade é analisada como um estado da alma, o que o leva a afirmar a natureza subjetiva da prova (MALATESTA, 1911, p. 25-26). Partindo dessa premissa, Malatesta formula uma sistematização de critérios, subjetivos, para a busca da verdade, dividindo-a em verdade puramente inteligível e verdade sensível.

A verdade puramente inteligível é subdividida em: a) intuitiva puramente lógica e b) reflexiva puramente lógica. A verdade puramente inteligível é aquela que toma como critério a intuição e a reflexão. Quando a certeza é “filha da evidência ideológica”, fruto da intuição, denomina-se *certeza intuitiva puramente lógica*. Contudo, se essa certeza é fruto do raciocínio humano, de uma reflexão proveniente de uma percepção mediata efetuada por um método dedutivo evolutivo, denomina-se *certeza reflexa puramente lógica* (MALATESTA, 1911, p. 25-28, *passim*).

Por outro lado, a verdade sensível é aquela obtida por meio dos sentidos exteriorizados em fatos físicos, empíricos, ou morais, provenientes da consciência. Malatesta divide esse critério em: a) sensível material, subdividida em: a1) intuitiva física, e, a2) reflexiva física; e, b) sensível moral, sempre reflexiva.

As verdades sensíveis materiais são espécie simples de certeza e podem ser obtidas pela intuição ou pela reflexão (MALATESTA, 1911, p. 29).

A certeza ou verdade sensível intuitiva física é aquela que se obtém através dos sentidos, ou seja, por uma percepção imediata da realidade física de que se tem noção: “A intuição é sempre uma função intelectual, mesmo relativamente às verdades sensíveis [...] a acção do intellecto é simplíssima e, acessoria da acção dos sentidos: afirma aquillo que os sentidos se lhe apresentam.” (MALATESTA, 1911, p. 29-30).

A certeza ou verdade sensível reflexiva física é aquela obtida de forma indireta, ou seja, pela

percepção do fato físico em reflexão para se obter outro fato. Essa verdade é classificada como *mista*, pois “[...] a percepção sensoria da materialidade de uma verdade sensível póde conduzir, por meio da reflexão intellectual, a affirmação de uma outra verdade sensível material, em relação com a primeira, e não percebida directamente.” (MALATESTA, 1911, p. 31).

A verdade sensível moral, de outro lado, refere-se aos fatos de nossa consciência que só podem ser percebidos através da materialidade com que se exteriorizam. Também é classificada como *certeza mista* na medida em que o conhecimento físico é obtido de forma mediata através de um fato conhecido, moral (MALATESTA, 1911, p. 31). Por fim, Malatesta afirma que a certeza mista é a única capaz de refletir a prova em matéria penal por conjugar a apreensão física do fato com o raciocínio humano, tendo em vista que a puramente lógica ou física apenas atestariam o fato do delito.

Outro sistema de acesso à verdade que merece destaque é o desenvolvido por Taruffo (2002). Nesse, os critérios de obtenção da verdade partem da internalização do mundo fenomênico pelo homem por meio de quatro dimensões construtivas: a) seletiva, b) semântica, c) cultural, e, d) social. Na construção seletiva Taruffo, parte da premissa de que um fato não existe pó si só, mas somente enquanto é formulado por uma pessoa em uma situação particular. A construção do enunciado, assim, depende do sujeito que o formula perante uma infinidade de pontos de vista. Escolhendo algumas, dentre as diversas conotações fáticas, através de decisões seletivas de acordo com o seu interesse, o sujeito produzirá uma verdade (TARUFFO, 2002, p. 102-103). A importância dessa dimensão para o Direito está na escolha correta dos significados para se obter uma subsunção correta dos tipos legais abstratos (TARUFFO, 2002, p. 103).

Quanto à dimensão da construção semântica, essa pressupõe uma entidade lingüística dotada de significação compreensível da linguagem de um fato que é feita por meio de escolhas de uma linguagem certa, adequada e eficaz para um significado, em especial, quanto aos termos descritivos e valorativos utilizados, de suma importância para a subsunção normativa (TARUFFO, 2002, p. 104).

Já a construção categorial ou cultural de um fato é aquela que fornece a os pressupostos políticos, éticos, religiosos e dos costumes para a seleção das conotações possíveis de um fato,

efetuadas na primeira dimensão, a seletiva (TARUFFO, 2002, p. 104).

Por fim, a construção social do fato também denominada de *teoria dos fatos institucionais*, prevê que todo fato incorpora a configuração institucional de uma dada sociedade, ou seja, todo fato é valorado a partir de referenciais sociais como idade, status familiar, posse de um título acadêmico, etc. conforme o grau de importância determinado por uma dada sociedade. Dentre as quatro dimensões Taruffo afirma que a construção social de um fato é mais relevante de todas as dimensões para se obter o conceito de verdade através da prova (TARUFFO, 2002, p. 105-107, *passim*).

Conclui-se que a sistematização do acesso à verdade consiste na fixação de uma logicidade na busca da verdade e na classificação das formas como o homem interage com os fatos, bem como na possibilidade de uso desses fatos veiculados pelas provas, dentro de um processo.

3 O CONCEITO DE PROVA E A SUA RELAÇÃO COM A VERDADE

Prova é o instrumento apto a levar a verdade ao processo. Segundo Pontes de Miranda (1983, p. 104), “[...] prova é o ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz faz certo respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo”. Ela pode ser levada ao processo por um ato do juiz, das partes, ou até mesmo de terceiro interessado. Esse conceito traz uma importante afirmação acerca da prova: o juiz é o destinatário da prova, pois é dele a função de exercer o poder-dever do Estado de concretizar o Direito.

Assim, sendo o juiz o destinatário da prova. Destacam-se duas possíveis posições processuais para esse sujeito: a de árbitro passivo, sem qualquer interferência na apresentação das provas, e a de assegurador da tutela efetiva dos direitos, ou seja, um juiz ativo, participante efetivo do processo e da elaboração da prova (TARUFFO, 2002, p. 119).

Em um sentido amplo, a prova pode ser qualquer instrumento, método, pessoa, coisa ou circunstância que proporciona informações úteis para resolver as incertezas (TARUFFO, 2002, p. 114) acerca de um fato alegado por uma parte.

Ao longo da história do Direito foram desenvolvidos dois princípios imanentes à relação da prova com a verdade: o princípio da verdade material e o princípio da verdade formal.

O princípio da verdade formal consiste na

obtenção de um fato através da conjuntura em que ele é apresentado, ou seja, como uma verdade provisória, mas bastante útil para pacificar a lide – “[...] o Estado-Juiz contenta-se com a verdade projetada pelas partes no processo e não se dispõe a empreender toda sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade dos fatos, sem retoques.” (BARROS, 2002, p. 31).

A crítica a essa técnica se faz na medida em que ela impede o contraditório e a busca de soluções refletidas, o juiz nada mais é do que o aplicador da lei, pois a criação desta está relegada ao legislador, que seria o intérprete legítimo das normas conforme o pensamento desenvolvido pela Revolução Francesa de 1789 (MARINONI, 2005, p. 17-18).

Para Ferrajoli, a noção de verdade formal está intimamente ligada com a possibilidade de uma tese ser verificável ou não no âmbito do Poder Judiciário, sendo este um dos principais parâmetros do sistema garantista do processo penal (FERRAJOLI, 2002, p. 39). Por outro lado, o princípio da verdade material está intimamente ligado ao sistema inquisitivo, ou seja, o magistrado é representado por uma figura extremamente ativa, que não se contenta com “as provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possam ter em concreto.” (BARROS, 2002, p. 29). Portanto, a instrução probatória é determinada pelo interesse público de que a verdade do fato, tal qual ocorreu, a certeza física, seja inteiramente manifestada no processo, para que a decisão jurisdicional seja efetivamente justa. E nesse caso, a adoção desse princípio de forma estrita, importa o prolongamento do tempo de existência do processo que tem como limite o desvendamento da “verdade real”.

Essa concepção semântica da verdade, de caráter marcantemente iluminista, é bastante criticada por Ferrajoli que nela percebe uma ingenuidade epistemológica, tendo em vista que, nem sempre, a reprodução exata do fato será transladada para o processo, e assim o fosse, os litígios jamais teriam fim enquanto a verdade material não fosse obtida (FERRAJOLI, 2002, p. 40).

Em contraposição à crítica de Ferrajoli, Zaneti Júnior (2004a, p. 349) defende o resgate do humanismo no processo propondo uma releitura do conceito de verdade material para o Estado Democrático de Direito – uma virada copernicana da retórica grega para a lógica. O fato transladado para o processo sai da posição de dado externo, para dado elementar e imbuído de valor, atribuído

pelos sujeitos processuais por meio do contraditório – o que determina uma posição de maior participação no processo do juiz e das partes, que agora dialogam em busca da efetividade da justiça (ZANETI JÚNIOR, 2004a, p. 349). O juiz contemporâneo deve ser ao mesmo tempo ativo e garantista. Ativo, para participar do processo e colaborar com a efetividade da prestação jurisdicional. Garantista, para manter uma segurança jurídica com fundamento nos Direitos Humanos e nos princípios democráticos. Assim, combinando a influência dos princípios da verdade formal e da verdade material haverá uma Justiça célere e ao mesmo tempo efetiva, sendo essa a posição doutrinária que inspirou o projeto do Código de Processo Civil aprovado pela Lei 13.105/2015.

4 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE PROVA

Existem três correntes doutrinárias que buscam fixar a natureza jurídica da prova: materialista, processualista e mista (REGO, 1985, p. 15-66, *passim*).

A teoria materialista defende a natureza da prova como norma de direito material, sob os principais argumentos de que: a) não se pode dissociar a prova do direito. já que “[...] Ter o direito e não ter a necessidade de prová-lo é uma situação correspondente à inexistência do direito.” (REGO, 1985, p. 26); b) deve-se respeitar a vontade das partes que celebram negócio jurídico sob a vigência de uma determinada lei e buscam determinadas provas (documentos, testemunhas, etc.) com a finalidade de provar a existência e validade do negócio perante terceiros; e, c) o argumento de que a prova não condiciona o processo, mas o direito material das partes.

De outro lado, os signatários da teoria processualista afirmam ser a prova um instituto de Direito Processual, pois além da disciplina das provas estarem relacionadas com a convicção do juiz, não com o interesse das partes, não há direito adquirido ao erro ou à ignorância de fatos por parte do julgador. Como diz Rego (1985, p. 50),

[...] Se alguma dúvida pode haver na hipótese de lei nova que restrinja os meios de prova, ao menos quando a lei nova é mais liberal, não se pode dizer que prejudique a quem contratou, ou de qualquer modo se vinculou, sob a lei revogada, a menos que se reconhecesse ao contratante aquele direito adquirido ao

erro ou à ignorância dos fatos por parte do julgador – verdadeiro absurdo.

Chiovenda (1930, p. 255), estudando as normas sobre a prova defende uma teoria mista. Assim, as normas probatórias são divididas em gerais e particulares. As normas gerais são aquelas que têm por conteúdo a prova nas relações jurídicas gerais, como nos contratos, essas, têm natureza processual. As normas particulares, de natureza substancial, são aquelas que o legislador edita com o objetivo uma relação ou estado jurídico, como nos contratos de compra e venda, de modo que a norma se incorpora a disciplina dessa relação jurídica e não ao processo.

A perquirição acerca da natureza jurídica das normas sobre provas também é importante para a aplicação das normas no tempo, tendo em vista que a modificação de uma norma, se processual, será aplicada de imediato a todas as relações jurídicas. Por outro lado, se material, respeitar-se-á o direito adquirido da parte de fazer a prova do fato conforme a norma regente da relação jurídica à época que esta aconteceu.

Com maior razão os signatários da teoria processualista da prova, como Liebman (*apud* REGO, 1985, p. 35), em sua primeira tese sobre a natureza jurídica das regras sobre o instituto da prova – sendo uma pena ter modificado seu pensamento vinte anos depois para seguir Chiovenda –, Barbosa Moreira, Frederico Marques e Dinamarco (os três últimos, citados por REGO, 1985, p. 54), dentre outros, porque as regras de distribuição do ônus da prova possuem a finalidade de instrumentalizar o processo, facilitando o julgamento da lide pelo magistrado e, portanto, sendo aplicadas de imediato, se modificadas.

5 O CONCEITO DE ÔNUS E A EVOLUÇÃO DAS REGRAS DE SUA DISTRIBUIÇÃO

A palavra ônus possui origem latina *onus*, que significa carga. No Dicionário (2007), a palavra ônus significa peso, carga, encargo, dever, obrigação, imposto gravoso.

Processualmente, o ônus da prova não se confunde com obrigação, tendo em vista que o descumprimento desta, a sua inércia, gera uma sanção jurídica (execução ou pena), enquanto a abstenção do ato cominado com o ônus importa somente na perda dos efeitos úteis provenientes o ato (CARNELUTTI, 2005, p. 255).

E assim, Carnelutti (2005, p. 256) classifica o ônus da prova como um risco processual, cuja função é auxiliar o juiz a conhecer os fatos controvertidos alegados pelas partes, ou seja, um estímulo à parte gravada em fornecer ao processo a prova do fato de que necessita para a obtenção do direito pretendido.

A evolução histórica das regras de distribuição do ônus da prova remonta à antiguidade. *Aullus Gellius* inspirado no filósofo *Favorinus*, afirmava que se a prova produzida não fosse convincente, o juiz deveria decidir em razão do homem mais probo, e, se ambos tivessem o mesmo valor, em favor do réu (TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 111).

Foi, no entanto, no Direito Romano que surgiu a regra: o ônus da prova incumbe a quem o afirma. Mas, naquela época, o encargo da prova não se transferia para o réu, mesmo quando este negasse os fatos afirmados pelo autor, segundo o Digesto, Livro XXII, Título III. Todavia, diante da verificação da existência de fatos afirmativos na resposta do réu, à época de Ulpiano, foi inserida a regra de que o réu *in exceptione* (em defesa) age como autor – Digesto, Livro XLIV, Título I (TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 111-112).

Posteriormente, foi elaborado o sistema de distribuição do ônus da prova, a partir dos estudos dos textos romanos pelos glosadores, calcado em duas regras básicas: afirmação não negada incumbe prova e negativa não deve ser provada. O que originou no medievo a regra da impossibilidade de prova da negação (TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 112).

Teixeira Filho afirma que essa regra medieval esteve positivada no Direito Português antigo, repercutindo no Código de Processo Civil brasileiro de 1939, *verbis*:

Art. 209. [...]

§ 1.º Se o réu, na contestação negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

Ao longo dos anos, vários autores tentaram extrair da doutrina romana outras interpretações para a regra da distribuição do ônus da prova. Dentre essas interpretações destaca-se a dos germânicos Bethmann e Hollweg. Para eles, o ônus da prova incumbia sempre ao réu, seguindo a concepção germânica de que o autor não litiga em tutela de seu direito, mas para fazer cessar uma injustiça oriunda da parte contrária (PONTES DE

MIRANDA, *apud* TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 113).

O atual Código de Processo Civil brasileiro positivou a regra geral de distribuição estática do ônus da prova no art. 333 da seguinte forma:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Essa forma de distribuição do ônus da prova, que leva em consideração o isolamento do objeto da prova no processo, é bastante criticada.

Pacífico (2001, p. 104) cita a doutrina estrangeira para afirmar que um fato pode ser analisado sob diferentes prismas, de acordo com o referencial do observador – exemplos desse fato vide tópico 2 *supra*. Assim, não há como classificar os fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos isoladamente, pois o ser cognoscente apreende um fato a partir de sua formação social, política, ética, religiosa, etc.

A atribuição meramente processual da distribuição do ônus da prova na busca da verdade atende à instrumentalidade processual.

O jurista italiano Micheli (in: *L'onere della prova*. 2. ed. Padova: Cedam, 1966, *apud* PACÍFICO, 2001, p. 120-126, *passim*), na década de sessenta, já defendia uma distribuição dinâmica do ônus da prova, todavia, fundada no direito substancial alegado e na posição das partes no processo como uma forma mais adequada para dividir o encargo de suportar a ausência dos efeitos úteis do fato não provado, ou mal provado na lide. E, antes mesmo do jurista italiano formular sua teoria dinâmica do ônus da prova, a doutrina processual trabalhista mexicana, na década de cinquenta, por meio do juslaboralista Armando Porras López (in: *Derecho procesal del trabajo*. Puebla, México: Canjica, 1956, p. 53, *apud* TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 126), desenvolveu a teoria da aptidão do ônus da prova, por meio dessa teoria o magistrado deve analisar no caso concreto a pessoa que possui a maior aptidão para a produção da prova, impondo-lhe o encargo.

A tendência de um modo geral, inclusive no processo civil atual, tem sido no desenvolvimento de teorias que modifiquem a distribuição estática do art. 333 do Código de Processo Civil (CPC).

Em 2004, a argentina Inês Lépori White (In: *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 60ss., *apud* KNIJNIK, 2007, p. 176) desenvolveu uma releitura da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, dessa vez, derivando-a dos princípios da igualdade real das partes, da colaboração, lealdade, probidade e boa-fé processuais, observando-se sempre o princípio de que ninguém deve ser compelido a produzir provas contra si mesmo (KNIJNIK, 2007, p. 177-178, *passim*).

Assim, se uma parte se posiciona com dominante poder de apresentação de provas contra outra, que, sendo inferior, fica impossibilitada de produzi-la, é da parte que domina esse poder de produção *probandi* (WHITE, *op. cit.* p. 65 *apud* KNIJNIK, 2007, p. 177).

Knijnik (2007, p. 178-179) defende a aplicação da teoria dinâmica do ônus *probandi*, como forma supletiva de solução aos problemas não solucionados pela regra do art. 333 do CPC.

Como se pode perceber, de um modo geral, há o enaltecimento pela doutrina do princípio da instrumentalidade processual, inclusive para dirimir o problema da distribuição do encargo das partes na produção da prova, não olvidando os poderes instrutórios do juiz.

6 O SISTEMA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O microsistema de acesso coletivo à Justiça utiliza o Código de Processo Civil (CPC) somente de forma subsidiária, no que for compatível com sua sistemática e em casos de omissão. Assim, antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a única regra existente relativa à distribuição do ônus *probandi* era a do art. 333 do CPC, ou seja, a regra que distribui o encargo da prova conforme a classificação do fato proveniente do direito substancial, não obstante a posição acerca da falibilidade do critério, tendo em vista a relativização dessa classificação perante o ser cognoscente.

Após a vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi inserta uma nova regra de distribuição do ônus *probandi* ao microsistema de acesso coletivo, *verbis*:

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:
[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[...]

Como se vê o art. 6.º, inciso VIII, do CDC, autoriza expressamente a inversão do ônus da prova quando houver a verossimilhança das alegações do consumidor, e, quando este for hipossuficiente. Todavia, essa regra pressupõe a manifestação do magistrado para definir, a partir dos requisitos mencionados, a inversão. Destaca-se a insuficiência da regra para dirimir os problemas decorrentes da ausência de produção de provas e seus efeitos.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América positivou a seguinte regra sobre o ônus da prova na primeira parte do § 1.º do art. 12:

Art. 12. [...]

§ 1.º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

§ 2.º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3.º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

De fato, o art. 12, referido, inseriu a possibilidade de modificação do encargo em caso de difícil produção e de modificação dos fatos, devendo a prova ser produzida de ofício pelo juiz,

em última hipótese – aqui, percebe-se a aplicação do princípio da verdade real em sua nova concepção. Observa-se que essa faculdade, pode ser entendida como um dever, considerando a moderna concepção do processo de Fazzallari (2006, p. 35-37).

Como se pode observar, o sistema de acesso coletivo à Justiça atualmente possui regra específica sobre o encargo da prova que positiva a teoria mexicana da aptidão, largamente aplicada ao Processo do Trabalho Brasileiro, o que importa afirmar o anciloso da aplicação da distribuição estática do ônus *probandi* do art. 333 do CPC.

Essa modificação de paradigma tem em vista a melhor adaptação do processo à busca da justiça, através da instrumentalidade para a tutela de direitos e interesses metaindividuais e fundamentais.

A adoção da teoria da aptidão (ou carga dinâmica) em detrimento da teoria da inversão do ônus da prova em hipóteses restritas, previstas no art. 6.º, VIII, do CDC, é defendida em virtude de uma maior instrumentalização do processo.

Mendes (in: NOLASCO; MAZZEI, 2005, p. 740), também concorda que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América dispensou a tradicional distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC, deixando ainda de renovar o critério da inversão do ônus *probandi* do art. 6.º, VIII do CPC, para criar um critério próprio “[...] que atribui o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração.”

Cita-se ainda a repetição da regra da aptidão do ônus *probandi* do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América no anteprojeto da Professora Ada Pellegrini Grinover, art. 10, § 1.º² e no anteprojeto dos estudantes da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da

Universidade Estácio de Sá (UNESA), art. 19, § 1.º³.

Milaré e Castanho (2007, p. 260), afirmam que no quesito da distribuição do ônus da prova, o anteprojeto da Professora Ada Pellegrini Grinover afastou uma possível influência da relação jurídica de direito substancial civil sobre a distribuição dos encargos do processo: “[...] tornando a instrução mais eficiente, mais econômica e mais célere.” O que também se verifica no Código Modelo para Ibero-América. Todavia, esses autores criticam a regra expressa no § 2.º do art. 10⁴ que permanece exigindo a “[...] verossimilhança ou a hipossuficiência como requisito para que o juiz possa inverter o ônus da prova nas ações coletivas, a exemplo do que já exigia o CDC.” (MILARÉ; CASTANHO, 2007, p. 260), afirmando a dispensabilidade desses requisitos perante a liberdade introduzida pelo § 1.º do mesmo artigo: “o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.” (MILARÉ; CASTANHO, 2007, p. 261).

Quanto à análise da prova nas lides de natureza jurídica individual no Processo do Trabalho, tem-se que considerar a redação do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de vanguarda, que, aplicada em combinação com o princípio material da proteção do hipossuficiente, descortina a teoria da aptidão da prova no Processo do Trabalho, como se observa na jurisprudência pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho:

SUM-212.TST. DESPEDITAMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o

² Art. 10. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1.º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

³ Art. 19. Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1.º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

⁴ Art. 10. Provas [...] § 2.º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

SUM-338. TST JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2.º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Parte da doutrina processual trabalhista sempre defendeu a necessidade de integração do ordenamento jurídico com o Direito Processual individual (art. 333 do CPC) para preencher o anquilosamento do art. 818 da CLT. Diverge-se desse entendimento.

O Direito Processual do Trabalhista deve se adaptar às diretrizes constitucionais de efetividade e acesso à Justiça, por meio de um processo democrático, partindo da idéia de Fazzallari (2006, p. 35-37) de que o processo é um lugar público de construção do direito por meio do contraditório regularmente oportunizado às partes.

Assim, tem-se que a carga do ônus da prova deve ser dinâmica, observada a teoria da aptidão da parte para a produção da prova, tal qual vem ocorrendo nos processos coletivos, considerando-se que a prova é produzida para o processo; o dever de colaboração das partes com a verdade (art. 14 do CPC c/c art. 769 da CLT); que o processo é um espaço público de discussão e construção do Direito (FAZZALLARI, 2006, p. 35-37, e LUCHI, 2001, p. 176-180), desaparecendo a falada dicotomia entre a produção da prova para processos individuais e coletivos, em prol da unificação da regra para o efetivo e justo acesso ao direito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade é um conceito filosófico e relativo, pois depende da forma como é apreendido um fato pelo ser cognoscente. Sendo o fato da apreensão sistematizado de diferentes formas pelos jusfilósofos como Malatesta e Taruffo.

Em síntese, Malatesta afirma que a verdade pode ser apreendida pelo ser cognoscente diretamente por seus sentidos, ou, indiretamente, pela materialização de fatos de sua consciência, todavia, ambas as formas dependem necessariamente do intelecto.

Já Taruffo define a obtenção da verdade através da formulação particular do ser cognoscente através de quatro dimensões do conhecimento: seletiva, semântica, cultural e social, sendo esta, a mais relevante para a obtenção da prova por conter a configuração institucional de uma sociedade.

Assim, a prova é o instrumento apto a levar a verdade ao processo por um ato do juiz, das partes, ou até mesmo de terceiro interessado. Ela pode ser qualquer instrumento, método, pessoa, coisa ou circunstância que proporciona informações úteis para resolver as incertezas fáticas.

A prova está relacionada com a verdade, todavia o princípio da verdade formal determina o fim do processo perante uma verdade possível, enquanto o princípio da verdade material prolonga o tempo útil do processo na busca da certeza para a correta aplicação dos ditames da justiça.

A concepção processualista influenciada pelo Estado Democrático de Direito na busca da verdade, impõe a conjugação dos princípios apresentados para se obter um processo ao mesmo tempo garantista e efetivo na busca da justiça, através do contraditório e da colaboração dos sujeitos processuais.

A natureza jurídica das normas sobre o instituto da prova é a processual que justifica a existência da distribuição do ônus da prova sob o critério da instrumentalidade e a sua aplicação imediata, em termos de modificação legal.

O ônus da prova é um encargo processual que, se descumprido, impede a produção dos efeitos úteis gerados pelo ato não produzido.

Assim, a evolução das regras de distribuição do encargo da produção da prova passa pela definição de regra de julgamento pela moralidade da parte, passando pela distribuição estática do encargo, até a atual concepção de distribuição

dinâmica, ou teoria da aptidão do ônus *probandi*.

A diferença da teoria da aptidão (ou teoria dinâmica) para a teoria de inversão do ônus da prova é que nesta há a necessidade de o juiz fixar a distribuição do encargo expressamente como critério supletivo do art. 333 do CPC, utilizando o art. 6.º, VIII, do CDC, enquanto na teoria da aptidão essa necessidade desaparece perante a previsão legal de atribuição da prova para a parte que detiver os meios e recursos necessários a produzi-la.

O acesso coletivo brasileiro é formado por um microssistema que agrega a Constituição da República de 1988, o Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, dentre outras normas infraconstitucionais (Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, Lei de Improbidade Administrativa, etc.) e tem por objeto a tutela de direitos e interesses metaindividuais: individuais homogêneos, difusos e coletivos. As regras processuais do Código de Processo Civil apenas serão aplicáveis ao acesso coletivo à Justiça se observarem os seguintes requisitos: omissão legislativa e compatibilidade.

Observa-se que Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América é um importante diploma do microssistema de acesso coletivo à Justiça que positivou a teoria mexicana da aptidão do ônus da prova no art. 12. O microssistema de acesso coletivo à Justiça, com esse novo Diploma, e, no quesito do ônus *probandi* está na mais perfeita consonância com o novo perfil da ciência processual.

Como se pode observar a efetividade e a segurança jurídica foram valores ponderados e positivados nas regras acerca da prova, razão pela qual, a regra do ônus da prova no processo individual deve ser unificada com o processo coletivo, a partir de uma interpretação conforme à Constituição, sistemática e de vanguarda, que considere efetiva a influência do princípio protetor na aplicação do art. 818 da CLT, desvelando-se a teoria da aptidão (ou teoria dinâmica) para o processo trabalhista.

O modelo da aptidão da carga probatória atende aos princípios da instrumentalidade, da democratização do processo, do dever de colaboração dos sujeitos processuais com lealdade e boa-fé – o que permite a realização do escopo do processo coletivo: a reparação das micro e macrolesões sociais, entregando ao jurisdicionado uma tutela mais justa e efetiva.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Luís Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: SAFE, 1996.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, v. I, n. 241-259, p. 255, 1930.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O objeto da segunda onda de acesso à justiça: interesses individuais homogêneos? *Revista LTr*: legislação do trabalho. São Paulo, Ed. LTr, ano 72, n.1, p. 65-71, jan. 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

DICIONÁRIO Universal. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em: 26 mar. 2007.

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

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os

pensadores, 12). Título original: *Kritik der reinen Vernunft*.

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

JAMES, William. *Pragmatism: the meaning of truth*. Tradução de Pablo Rúben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores, 40).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr., 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel Codice Civile. In: *Rivista di diritto processuale*, Padova, Ed. CEDAM, p.166, 1948.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do direito. *Revista de Filosofia da UFES*, Vitória, ano VII, n.º 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. v. I. Lisboa: Clássica, 1911.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos para países ibero-americanos. In: NOLASCO, Rita; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 729-755.

MILARÉ, Edis; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254-262.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. v. III, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. In: *Coleção estudos de direito de processo*: Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. v. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

RUSSEL, Bertrand Arhur William. *Philosophical essays: the monistic theory of truth – on de natural truth and falsehood*. Tradução de Pablo Rúben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores, 42).

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. Tradução de Andréa Greppi. In: *Derechos e Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año VII, n. 11, p. 99-123, enero/diciembre 2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr., 2003.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direitos coletivos *lato sensu*: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos. In: *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: *Revista de Processo*, a. 29, n. 116, p.334-371, jul.-ago. 2004a.

_____. Processo constitucional: relação entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, ano XXXI, n. 94, p.105-132, junho 2004b.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CRIMINALIDADE COMPLEXA: os novos desafios enfrentados pelo Direito Penal Clássico após a globalização

Márcio Ricardo Ferreira¹

RESUMO

O presente artigo visa propiciar o debate acerca dos “desafios atuais enfrentados pelo Direito Penal Clássico, oriundos de modificações sociais, econômicas e políticas surgidas pós-globalização”. O avanço tecnológico, a facilidade de comunicação e a alta velocidade com que as informações são divulgadas atualmente, criaram um ambiente fértil e propício ao desenvolvimento da criminalidade transnacional, gerando novos desafios para a sociedade como um todo. Para a compreensão da ideia, busca-se contextualizar o significado destas mutações para o campo investigativo das ciências jurídico-criminais, inseridos em um cenário de aumento da complexidade delituosa e os novos espaços de intervenção criminal. Desta forma, é imperioso iniciar uma avaliação crítica das modificações normativas que acompanham as referidas transformações e suas causas. Em suma, pode-se simplesmente dizer que, devido ao aumento da complexidade criminológica, seguem novos problemas que, frequentemente, denotam o esgotamento explicativo de critérios jurídicos tradicionais, demandando estudos adequados que propiciem um já indispensável aprimoramento.

1 A TENSÃO EXISTENTE ENTRE A CRIMINALIDADE PÓS-INDUSTRIAL E O DIREITO PENAL CLÁSSICO NA SOCIEDADE DE RISCO

**“O crime crescente é um fruto do
progresso”**

Arnaldo Jabor

Permanentemente em mutação, a sociedade padece com severas transformações desde as revoluções modernas, tais como, a revolução francesa, industrial e a tecnológica². A partir da década de noventa, o processo de globalização³ caracterizou-se pelo avanço da comunicação e interação mundial. Neste sentido, a globalização revela a internacionalização das relações entre os povos, mais precisamente, entre as culturas e seus Estados soberanos. “Há um fluxo antes inimaginável de informações, de ideias, de conhecimentos tecnológicos e científicos, bem como de capitais ao redor do planeta.” (SARCEDO, 2012, p. 74). Essa evolução alberga um grande potencial de conflitos⁴, o que se torna visível no campo global da internet em virtude da convergência de meios de comunicação.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal (FDUC). Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) – Curitiba/PR; Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidad de Buenos Aires - Argentina (UBA); Oficial Judiciário do Juizado Especial Criminal da Comarca de Curitiba/PR.

² “Essa mudança, ainda tímida no século XVII, foi realmente acelerada nos séculos XIX e XX, principalmente considerando as grandes revoluções dos tempos modernos, tais como, a Revolução Francesa, a Revolução Industrial e a revolução tecnológica, tanto mecânica quanto elétrica, que acabaram por mudar a estrutura social, aceleraram o ritmo da vida e “bombardearam os sentidos com novos e inumeráveis estímulos.” (BAUMER, 1990, p. 37).

³ “A globalização está intimamente ligada ao pós-modernismo, possuindo uma problemática relacionada, porém relegada pelas diversas comunidades científicas. A infundada diáspora entre a globalização e o pós-modernismo decorre da preferência do público que as estuda, economistas em relação à primeira; filósofos e sociólogos quanto ao segundo. Em um estudo jurídico como este, torna-se de menor relevância a nomenclatura que se utiliza para denominar um determinado fenômeno que apresenta aspectos econômicos, sociais e jurídicos simultaneamente.” (ARNAUD, 1999 p.195).

⁴ A faca, por exemplo, criada originalmente para otimizar tarefas úteis e simples do dia a dia, logo foi utilizada para o cometimento de crimes (mau uso da tecnologia).

Como se sabe, atualmente as fronteiras entre os países são mais permeáveis e o trânsito de pessoas, mercadorias, serviços e recursos são cada vez mais ágeis. Esse processo, que facilita o comércio e a integração entre os povos, também implica mudanças radicais nas dinâmicas dos crimes. Na feliz síntese de Silva Sánchez (2001, p. 104), “Como es sabido, en el último tercio del siglo XIX tuvo lugar en Europa un fenómeno que había de modificar sustancialmente el concepto hasta entonces vigente del Derecho Penal. Como consecuencia de la industrialización, se produjo un movimiento masivo de emigración del campo hacia las ciudades.”.

Ao lado desta ideia, o sociólogo Beck⁵ trouxe a chamada teoria da reflexividade⁶. Segundo o alemão, a sociedade mundial do risco surgiu durante o período industrial, que, gradativamente, resultou em riscos capazes de comprometer as condições básicas de vida através do desenvolvimento. Para o autor, o processo de modernização criou um tipo de autodestruição social, ensejando o manejo das consequências negativas do próprio desenvolvimento técnico e das incertezas fabricadas pelo avanço social. Vê-se, portanto, que a modernização corresponde a um novo estágio de risco⁷ técnico-econômico, surgido durante o processo de desenvolvimento da nova configuração social global.

De fato, a estrutura atual do mundo globalizado trouxe consigo inegáveis avanços aos meios de comunicação, transporte, serviços e de informação. Contudo, se por um lado o desenvolvimento do saber técnico-científico permitiu que o homem controlasse e se protegesse dos fenômenos da natureza, por outro, o processo de socialização e os recentes desenvolvimentos no campo das tecnologias acabaram redundando em outros tipos de ameaças. “Nesse sentido, quanto mais avança a modernização, mais ainda as sociedades ficam dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas em suas bases, o que pode muito bem ocorrer sem reflexão,

ultrapassando o conhecimento e a consciência.” (SILVA, 2010, p. 89).

O que se verifica na prática é que esta fase de mundialização e interligação entre os países trouxe consigo sensíveis modificações ao Direito Penal, passando a fazer do mundo globalizado um ambiente favorável à expansão do crime e do terror, revelando-se como um agente facilitador da expansão da criminalidade. A esse respeito, afirmou Hassemer (1994, p. 41), em conferência realizada no Brasil, que “a reflexão no que diz respeito às novidades em termos de criminalidade pressupõe uma ligação entre política criminal e direito penal.”.

Foi assim que as transformações sociais experimentadas nos últimos anos inauguraram novos espaços de atuação criminal, ficando evidente que os antigos critérios jurídicos não são mais suficientes para resolução do problema, demandando aprimoramento e modernização da política criminal mundial para que se possam evitar práticas criminosas. A esse respeito, há os seguintes dizeres:

[...] a sociedade apela, desde logo, a uma crescente intervenção do Direito Penal, suscitando a este ramo da ciência jurídica problemas novos e incontornáveis, que seguramente se acentuarão no futuro próximo, acabando por realizar uma transformação radical do modelo em que atualmente vivemos, mas isto porque o catálogo clássico e individualista dos bens jurídicos já não é suficiente para responder adequadamente às novas necessidades. O sistema punitivo antropocêntrico e liberal já não serviria, assim, para fazer frente aos novos desafios (DIAS *apud* GARCIA, 2005, p. 93).

Bauman (*apud* CHRISTIE, 1998, p. 173), aduz: “Até agora, é o mais claro indicador de que a industrialização não significa progresso, de que estamos no caminho errado e de que a cura não pode ser alcançada através do uso dos mesmos métodos.”.

⁵ “La sociedad de riesgo es caracterizada por Beck como propia de la modernidad avanzada, en la que la producción social de riqueza va acompañada de la producción social de riesgos, la ganancia de poder del ‘progreso’ técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos; que, además, frente a los peligros industriales y profesionales propios del siglo XIX y primera mitad del XX, limitados a lugares y grupos, presentan una tendencia a la globalización que les hace superar las fronteras nacionales y de grupos.” (PAZ, 1999, p. 82).

⁶ “Sob o viés de uma teoria social, Beck concebe a sociedade do risco como um estágio em que as ameaças fabricadas no período industrial tornam-se mais nítidas e passam a suscitar questões de autolimitação do modelo de desenvolvimento e de uma (re)determinação dos padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano.” (SILVA, 2010, p. 89).

⁷ “Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social post industrial en que vivimos como ‘sociedad del riesgo’ o ‘sociedad de riesgos’ (*Risikogesellschaft*).” (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 26-27).

Esta *nova criminalidade* produz mudanças no *Direito Penal clássico*, com antecipação da tutela penal estatal, proporcionando novas oportunidades de execução de crimes que ultrapassam fronteiras, exigindo a criação de um direito penal que transcenda os limites atuais. “Depara-se, aqui, com o que a doutrina chama de ‘lacuna autêntica’, ou seja, aquela que se dá quando a lei não apresenta uma resposta, quando a partir dela uma solução não pode ser encontrada. É o que o Direito não define a figura típica do terrorismo.” (BARROS, 1998, p. 14). Partindo das perspectivas político-criminais em referência, pode-se identificar como cerne do problema a tensão existente entre a modernização técnico-econômica da sociedade atual e a adequação do Direito Penal clássico ao modelo de sociedade do risco. “Hoje, é praticamente um lugar-comum afirmar que o Direito Penal é instrumento ineficaz de combate a problemas sociais estruturais. É que o Direito Penal ‘clássico’ tornou-se impotente para fazer frente às novas demandas da modernidade.” (MASI; MORAES, 2013, p. 98). Na mesma linha, a doutrina diz:

[...] fundamental que os operadores das ciências criminais tenham (cons)ciência de que os riscos da sociedade pós-industrial (riscos catastróficos e imensuráveis) estão para além da capacidade de controle penal, e que a era da segurança (jurídica) foi soterrada pelo próprio projeto que a construiu: a Modernidade (CARVALHO, 2004, p. 208).

Por todo o exposto, fica visível a importância de estudar as mutações sociais e os efeitos destas transformações na comunidade internacional, só assim, será possível propor políticas criminais mais satisfatórias e efetivas. Passa-se então, a investigar as principais características da criminalidade moderna e o porquê ela traz tantas dificuldades as autoridades. “Igualmente a questionar se o Direito Penal pode, ou não, alcançar estas novas figuras surgidas com a globalização, principalmente tomando-se em conta o modelo de Estado social, que evoca para si as responsabilidades coletivas.” (GUZELA, 2011, p. 58-59).

2 CRIMINALIDADE COMPLEXA: DIFICULDADES ESPECÍFICAS DE ESCLARECIMENTO E CONTROLE

“O progresso tecnológico é como um

machado na mão de um criminoso maluco e patológico.” Albert Einstein

Os inúmeros estudos sociológicos sobre as transformações sociais sentidas nos últimos anos e, principalmente, a nova forma com que se manifestam as relações na sociedade contemporânea, têm dado origem a quadros diversos mediante enfoques ou pontos de interesse igualmente conflitantes.

A nova criminalidade tecnológica e transnacional surgida nos últimos tempos vem frequentemente acompanhada de maior complexidade do que os demais tipos de delitos, pois se baseia não apenas em causas técnicas ou econômicas, mas também em estruturas especiais com maior número de vítimas e grande abrangência geográfica na execução dos crimes. Realidade que, dentre tantas características, deixa inequívoco o incremento da diversidade das relações sociais, inaugurando novos espaços de interesse jurídico penal, nem sempre facilmente alcançados pelos instrumentos até então criados pela ciência do direito penal. “A incriminação de novos comportamentos nos âmbitos do consumo, do ambiente, da economia etc. deixa de ter por referência bens jurídicos tangíveis, concretos, afastando-se do conceito clássico do objeto de tutela penal [...]” (SILVA *apud* GUZELLA, 2011, p. 56).

Nos últimos anos, o Direito Penal passou por profundas transformações, resultado não só de um conjunto de mudanças na sociedade, mas também pelo desenvolvimento de tecnologias, descobertas científicas, que exigem novas respostas. De fato, alguns autores apontam que o clássico Direito Penal não tem conseguido combater a criminalidade em mutação, uma vez que ainda se utiliza de mecanismos tradicionais. Segundo Dias (2012, p. 39-40):

E não conseguiu, há quem acrescente, desde logo porque o sistema de justiça penal, fundado no paradigma iluminista, liberal e democrático não está preparado ou não é mesmo adequado a prover aos grandes e novos riscos que ameaçam a humanidade do seu todo, sequer a adequar-se à realidade sociocriminológica atual: à sua expansão, à sua massificação, à sua organização, à sua internacionalização.

Sob tal óptica, Beck, por sua vez, ensina:

[...] os chamados riscos globais abalam as sólidas colunas dos cálculos de segurança: os danos já não têm limitação no espaço e no tempo – eles são globais e duradouros; não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio da causalização perdeu a sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente – é inútil querer se garantir contra os efeitos de um *Worst Case* da ameaça em espiral (BECK, 1999, p. 83).

Os novos riscos da sociedade moderna – também denominada como sociedade do conhecimento e da informação –, denominados aqui de criminalidade complexa⁸, surgem na crescente dependência da sociedade da informação dos sistemas virtuais frequentemente violados. Isto ocorre, principalmente, em virtude das lacunas na segurança imanentes a estes tipos de sistemas e da coligação mundial dos agentes. “Daí que o traço de os aludidos riscos não ser delimitável no espaço e no tempo inviabiliza tratamento segundo as regras estabelecidas da causalidade e da culpa, afora dificilmente poderem ser compensados ou indenizados.” (SILVA, 2010, p. 93).

A dificuldade de esclarecimento e comprovação da nova criminalidade têm efeitos notáveis no direito processual. Tais modificações precisam ser detalhadamente estudadas, em razão de seus efeitos sobre a sociedade e o direito penal. Como bem observou Christie: “O extermínio passa a ser um filho da modernidade, não a volta a um estágio anterior a barbárie.” (CHRISTIE, 1998, p. 172).

Trata-se aqui, principalmente, de riscos fortalecidos pela dependência e vulnerabilidade da sociedade da informação, possibilidades diversificadas de cometer crimes e dificuldades específicas de esclarecimento, o que é especialmente claro no âmbito da criminalidade digital, dos crimes contra a ordem econômica, da

criminalidade organizada e do terrorismo. Diante desta complexa rede de relações, encontra-se a ciência jurídico-penal em sua tarefa de zelar pelos direitos e garantias fundamentais e o equilíbrio da atuação reservada à sua intervenção. Entre as evidências encontradas, vale destacar uma das características de maior contribuição para a complexidade desses tipos delituosos, a transnacionalidade.

2.1 Criminalidade Transnacional

A convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, foi adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000. A transposição de fronteiras territoriais⁹ tornou-se um aspecto central de investigação da ciência penal em razão das modificações da criminalidade na sociedade atual.

No Direito Penal, as organizações criminosas passaram a ter na transnacionalidade um ponto comum, maneira de buscar evadir-se da submissão às leis criminais, numa espécie de planejamento penal, mediante a escolha planejada de jurisdições para a prática de determinados atos, em razão de uma eventual benevolência no tratamento pela legislação penal de determinado país (ANSELMO, 2013, p. 27). Decerto, um dos modelos mais habituais destes tipos de crimes são as redes de transportes, as quais contribuíram severamente para as transformações político-criminais trazidas pela globalização. Não é por menos, esta modalidade delituosa facilita o massivo tráfego de pessoas, mercadorias e serviços nas fronteiras, que, em virtude destas modificações, dificultam o controle e incentiva a prática dos chamados crimes transnacionais¹⁰. Como bem observou Dias (2012, p. 155) “limites que por vezes deparam com graves dificuldades em zonas penumbrosas de distinção.”.

“A transnacionalidade das organizações criminosas pode ser apontada como efeito direito

⁸ São crimes surgidos após a revolução industrial, em geral, cometidos mediante o uso de tecnologias de ponta. Suas características principais são: a transnacionalidade, grande abrangência de vítimas e com dificuldades específicas de investigação (crimes digitais, crime organizado, crimes financeiros e terrorismo, etc.).

⁹ “A nova criminalidade é a expressão deste novo modelo de organização social para o qual caminha a sociedade contemporânea. A mobilidade das pessoas e dos capitais põe em causa a lógica territorial sobre a qual elas repousam. Este movimento de fundo – um pouco retardado pela confrontação Leste-Oeste – produz agora seus efeitos. As grandes construções institucionais e a concentração de poder dão lugar ao declínio dos Estados e a um mundo em que proliferam as redes.” (RODRIGUES, 2006, p. 280).

¹⁰ “Os crimes podem ser **nacionais**, quando atingem bens jurídicos circunscritos a determinado país; **internacionais**, se, embora violem valores relativos a determinado país, possuam reflexos internacionais, despertando interesse da comunidade mundial em sua punição (caso do genocídio); ou, ainda, **transnacionais**, na hipótese de ofenderem objetos jurídicos de dois ou mais países (como o tráfico transnacional de drogas).” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2014, p. 205).

da globalização.” (ANSELMO, 2013, p. 28). É neste contexto que a internacionalização das relações de consumo trazida pela globalização levou, principalmente na última década, à sobreposição de diversos ordenamentos jurídico-penais nacionais, supranacionais e internacionais¹¹. No centro destas modificações está a progressiva criminalidade transnacional, que conduz o Direito Penal clássico aos seus limites territoriais. Observando o fenômeno, notam-se as novas oportunidades criadas pela globalização para o cometimento de crimes como, por exemplo, as redes internacionais de dados e os mercados financeiros ilegais.

O crime organizado transnacional é uma das principais ameaças à segurança pública e representa um entrave para o desenvolvimento social, econômico e político das sociedades em todo o mundo. Trata-se de um fenômeno multifacetado que se manifesta em diferentes tipos de crime, tais como tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, lavagem de dinheiro, entre outros.

Nesse diapasão, a doutrina constata que as consequências da globalização também alcançam a normativa penal, pois a criminalidade transnacional cujos efeitos atingem o tecido sociopolítico e econômico de diversas nações implica uma progressiva uniformização dos tipos penais e maior cooperação policial e judicial entre os diversos países, além da recepção de diversos documentos internacionais [...] (RIOS, 2010, p. 43).

Por todo o exposto, bem se vê o grande desafio trazido pela criminalidade transnacional, a qual põe em causa os limites espaciais do Direito Penal. Isto ocorre em razão da dificuldade na imposição da pena em face da soberania dos Estados envolvidos, quando a validade de suas decisões noutros territórios demanda, primeiramente, processos administrativos e judiciais demorados, sem contar que muitas vezes

os ordenamentos penais nacionais divergem entre si. Por isso, estes limites territoriais e as possibilidades de superação representam o foco de futuras pesquisas, objetivando a integração do Direito Penal supranacional. Dentre os crimes transnacionais de maior complexidade, está o delito cometido através da rede mundial de computadores, a *internet*, que desafia os limites interventivos do Direito Penal. A esse respeito, diz-se que

O criminoso informático pode cometer mais de uma conduta lesiva ao mesmo tempo, estando em diversos lugares simultaneamente, e conta com a vantagem de haver poucos profissionais de segurança pública capacitados para investigar sua ação, analisar provas e os indícios. Sem contar a vantagem de o agente não fazer qualquer esforço e agir de forma transnacional com facilidade ímpar (SYDOW, 2013, p. 59).

2.1.1 Cybercrimes¹²: a era da informação e os novos desafios aos limites da intervenção penal

O século XXI sofreu profundas transformações em razão do avanço da tecnologia da informação¹³. A sociedade, com o advento da informática, descobriu o poder da informação. A crescente utilização de recursos informáticos tem permitido a coleta e o compartilhamento de dados em larga escala. “Mas, por outro lado, os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 103).

Um das transformações de maior relevância para a mutação crescente da criminalidade são as causas técnicas. As modificações tecnológicas ocorridas em virtude da globalização possibilitaram o uso da rede mundial

¹¹ “Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização.” (PEARCE; WOODINIS, *apud* SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 103).

¹² “Nossa opção pelo termo se dá com base no intuito amplo de tratar de uma criminalidade que não está limitada às tecnologias existentes nem limitada à internet e seus computadores, mas sim àquelas condutas que vão utilizando um novo ferramental conforme evolui o ser humano e a ciência – seja na nanotecnologia, a telefonia, a computação, a robótica ou qualquer outro ramo que crie aparatos facilitadores das tarefas diurnas.” (SYDOW, 2013, p. 56).

¹³ “Como es obvio, en la sociedad actual se hace imposible desconocer el obligado vínculo entre información y tecnología, en donde por ejemplo, los avances en la tecnología de la información han sido uno de los elementos generadores de la vulnerabilidad de esa información confidencial o reservada.” (RUIZ, 2012, p. 466).

de computadores para a prática de delitos, os chamados *Crimes Digitais* ou *Crimes Informáticos*. Para caracterizar tais crimes, diz-se que “Podem identificar-se como os *crimes informáticos propriamente ditos*, aqueles cujo objeto e instrumento de execução é a informática, são praticados através da informática e contra elementos informáticos, estes são essencialmente os constantes na Lei da Criminalidade Informática (LCI).” (MACEDO, 2009, p. 230).

Como bem observado:

La criminalidad asociada a los medios informáticos y a Internet (la llamada “ciberdelincuencia”) es, seguramente, el mejor ejemplo de tal evolución. En esta medida, es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados) (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 28)

Estas redes e a natureza imaterial dos dados conduzem a uma comunicação e organização mundiais, as quais, também podem ser utilizadas para execução de delitos. Elas permitem que com um computador, se modifiquem dados de um sistema de computadores em vários países ao mesmo tempo, gerando sérias consequências¹⁴. Além disso, os dados disponíveis na internet estão presentes em todo o mundo e podem ser acessados em vários pontos do planeta simultaneamente. Ademais, outro fator problemático é que um computador pode ser utilizado por diversas pessoas, criando enormes dificuldades de efetuar a relação entre a máquina e o agente. Além disso, existe a questão territorial, se levarmos em conta o envolvimento de pessoas de diversas cidades, Estados e países. “De manera que, junto a este primer límite, que podríamos caracterizar como cultural (*Zeitgeist*) y que muestra un relativismo espacial y temporal, se trata de considerar la posibilidad de límites más intensos y más permanentes.” (ROXIN, 2000, p. 112-113).

A crescente atuação dos desenvolvimentos globais e a facilidade de mobilidade dos envolvidos nestes tipos de delitos geram contradições, principalmente nas medidas valorativas sociais e

nas normas estatais. Isso se apresenta nos crimes praticados na internet em que as legislações nacionais permanecem largamente sem efeito no ambiente global. Ademais, este panorama cria uma sensação de incerteza e incontrolabilidade diante dos novos riscos, que escapam ou mesmo neutralizam os mecanismos de controle mais remotos tendo em vista a dificuldade de estabelecer um padrão de regularidade.

Nada obstante, a criminalidade digital ganha força quando surgem os antagonismos entre ordenamentos jurídico-penais como, por exemplo, quando delitos com autores em vários Estados são valorados diferentemente pelos diversos ordenamentos jurídico-penais aplicáveis, ou quando são publicados na rede mundial de computadores conteúdos que não são objeto de punição no lugar físico onde se encontra o servidor em questão, mas podem ser consultados também em outros Estados.

“Dada a circunstância de diversos países poderem assumir nesta matéria critérios diferentes (uns, o critério da conduta, outros, o do resultado), daí derivariam insuportáveis *lacunas de punibilidade* que uma política criminal minimamente concertada não poderia admitir.” (DIAS, 2007, p. 211).

Relativamente à complexidade apresentada pelo mundo digital, Sydow (2013, p. 58) adverte que: “Com isso, é de se dizer que a criminalidade do mundo real é mais simples de se combater, uma vez que o agente criminoso está limitado no espaço e comete apenas um crime (ou uma cadeia de crimes) por vez.”. Sob o mesmo prisma, há as seguintes palavras:

Apresentam tais crimes grandes dificuldades para sua comprovação, pois se é realmente verdade não ser muito difícil a ação criminosa por meio de computadores, de outro lado também é verdade que a verificação de vestígios exige qualificação técnica específica nem sempre disponível em todos os locais em que os crimes se consumam (LIMA, 2011, p. 15).

Este quadro pessimista se justifica, pois os sistemas de computadores assumem como infraestrutura técnica, não apenas a condução do fluxo de dinheiro, mas também o arquivamento dos mais importantes segredos de negócios de diversas

¹⁴ “Con estos tipos delictivos se protegen en general las informaciones (datos) contra el espionaje derivado de interceptaciones y extracciones no autorizadas de los sistemas de transferencia de datos o de los accesos no autorizados a sistemas de datos ajenos.” (TIEDEMANN, 2010, p. 447).

empresas¹⁵. Além disso, são empregados na vigilância aérea, na distribuição de energia elétrica, no armazenamento de informações pela polícia e órgãos militares¹⁶.

Tal como evidenciado, nota-se que a delinquência digital implica em dificuldades no esclarecimento dos respectivos delitos.

Isso se dá, pelo simples fato de que tal categoria de crimes dispensa o contato físico entre vítima e ofensor, não exige grandes preparos, como visitação prévia de local para o cometimento do fato, ocorre em um ambiente sem povo, governo ou território, não implica aparentemente em altos riscos, não gera sensação de violência, e não há padrões para o seu acontecimento (SYDOW, 2013, p. 59).

Assim, a persecução penal não somente sofre a pressão da adaptação no sentido técnico, mas também alcançam do ponto de vista quantitativo os limites da sua capacidade¹⁷. Essas ameaças técnicas são, em muitos casos, impossíveis de serem limitadas pelo local, tempo e número de visualizadores¹⁸. “O progresso e a civilização industrial carecem de garantias intrínsecas que impeçam essa evolução.” (CHRISTIE, 1998, p. 177). De igual maneira, apresentam-se os crimes financeiros, uma vez que sua transnacionalidade contribui sobremaneira para o cabedal de dificuldades trazidas ao Direito Penal, como é o caso da lavagem de dinheiro.

2.1.2 Delitos financeiros

As modificações econômicas decorrentes da globalização¹⁹ geraram possibilidades adicionais de

prática de delitos transnacionais nos recém-criados mercados mundiais. As possibilidades crescentes de integração e divisão de trabalho mundial no âmbito da economia legal são utilizadas também em benefício da prática de crimes financeiros. Exemplo disto é o comércio global de *containers*, pois da mesma forma, torna-se cada vez mais difícil de fiscalizar. “Os efeitos da globalização econômica e a integração supranacional têm um duplo efeito sobre a delinquência.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 102).

Assim, por exemplo, a lavagem de dinheiro²⁰ ocorre em um mercado financeiro mundial, caracterizado por rápidas transformações que se subtrai ao controle dos Estados.

No crime de lavagem de dinheiro, por ter como inerente ao tipo penal a ocultação, é frequente a utilização de estruturadas em diferentes jurisdições, como uma maneira eficaz e recorrente de dificultar a investigação do delito, o que tem gerado o empenho internacional no seu combate, mediante iniciativas de cooperação (ANSELMO, 2013, p. 41).

Ambos (2013, p. 15.) revela que essa internacionalização torna a luta contra a lavagem de dinheiro um interesse transnacional.

Em virtude da divisão internacional do trabalho, grupos econômicos com atuação global e ramificações no exterior ampliam as possibilidades de atuação em nível mundial, tornando sua regulação cada vez mais difícil de ser feita individualmente pelos Estados. “Esta técnica funciona com base no pressuposto de que a organização de lavagem de dinheiro poderá ter duas ou mais filiais em diferentes países, ou então,

¹⁵ “A nossa conta bancária não é mais do que um conjunto de dados informáticos, as nossas declarações de impostos são agora entregues eletronicamente, praticamente todos os empregos (ou pelo menos aqueles cuja atividade está relacionada com um escritório) exigem o domínio de computadores e são exercidos através de um. Pode dizer-se que quase toda a gente utiliza computadores diariamente, aproveitando as grandes vantagens que os mesmos possibilitam, nomeadamente a grande capacidade de armazenamento em pouco espaço, a rapidez e a facilidade de tratamento de dados etc.” (MACEDO, 2009, p. 223).

¹⁶ “São também crimes que começam a se tornar muito sofisticados e relativamente frequentes no âmbito militar, trazendo não só preocupações no âmbito financeiro, pois é possível imaginar o que a presença de uma conduta maligna em uma central de controle de bombas atômicas poderia fazer.” (LIMA, 2011, p. 15).

¹⁷ “Na verdade há uma grande dificuldade na aplicação dos conceitos penais clássicos, que se tornam inadequados e obsoletos devido ao princípio da legalidade e à proibição da analogia *in malam partem*, e podem levar a insuportáveis lacunas de punibilidade, principalmente nos crimes de execução vinculada.” (MACEDO, 2009, p. 232).

¹⁸ “Nasce assim uma segunda modernidade que é a sociedade de risco. Esta sociedade começa ali onde falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança. Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões. Tais ameaças são de natureza ecológica, tecnológica, política, e as decisões são resultado de coações que derivam da racionalidade econômica que impõe o modelo de racionalidade universal.” (GIORGI, 2008, p. 52).

¹⁹ A amplitude e a profundidade dessas transformações evidenciam verdadeira ruptura com o sistema de produção que lhe sucedeu, caracterizando o fenômeno econômico e cultural denominado globalização.” (SARCEDO, 2012, p. 75).

²⁰ “Também a ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores obtidos em decorrência de crimes praticados contra o sistema financeiro nacional configura o crime de lavagem de dinheiro.” (BARROS, 1998, p. 24).

que poderá haver algum tipo de relação empresarial entre a organização e negócios correspondentes no exterior.” (BARROS, 1998, p. 55).

Os riscos daí resultantes se mostram, por exemplo, nos mercados financeiros globais²¹, cujo abuso pode ter grandes efeitos na economia como um todo. Para o Direito Penal, a forma de organização dos grupos econômicos, nomeadamente as multinacionais, criam problemas específicos de esclarecimento e de aplicação, que ainda podem ser aumentados por estratégias empresariais criminosas. Noutros termos, como bem observou Tasse (2011, p. 72): “A dificuldade reside justamente na separação do delito contra o patrimônio da instituição da ofensa ao sistema financeiro nacional.”. E, “Para que haja garantia do desenvolvimento seguro da atividade econômica de padrão global, é, portanto, necessário que se desloque o eixo do poder decisório do campo político para o campo dos ‘conhecimentos técnicos’.” (SARCEDO, 2012, p. 90).

3 COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

“Ordem e Progresso” Auguste Comte

Os efeitos da globalização sobre o desenvolvimento da criminalidade levam o Direito Penal clássico, baseado na soberania territorial, cada vez mais frequentemente a procurar formas de cooperação entre Estados vizinhos²². Estes limites territoriais do direito penal têm como pressuposto o fato de que uma lei nacional dificilmente será aplicada em nível global, enquanto que o reconhecimento da validade de suas decisões em territórios estrangeiros exigem demorados procedimentos de cooperação judiciária. Por isso, o direito penal apenas poderá superar os novos

desafios, na medida em que não se limitar a um campo de aplicação territorial e tornar-se global²³.

Desde o início desta intervenção que me esforço por dar ênfase à ideia de que os grandes e novos problemas com que depara a nossa sociedade e deparará a dos nossos descendentes provém da ameaça de “riscos globais” para as condições ou mesmo para a subsistência da vida no planeta. Riscos globais exigem, como é óbvio, a sua possível contenção e tratamento penal a nível global, nisto indo compreendida, precisamente, outra consequência da “globalização.” (DIAS, 2012, p. 46).

Nesse sentido, como proposta apresentada pela política criminal da sociedade mundial do risco, emana a chamada *Ciência Conjunta do Direito Penal*, regida com base na sua desfronteirização. Dessa forma, não resta alternativa que não a adaptação dos institutos jurídicos a essa nova realidade de intensa troca de informações e suas consequências no fenómeno criminal (ANSELMO, 2013, p. 29). Modelos e sistemas de integração do Direito Penal podem ser encontrados, principalmente, no Direito Penal europeu, no Direito Penal internacional²⁴, nas Nações Unidas, em outras uniões políticas e econômicas. Entre os modelos já existentes de uniões supranacionais, caracterizadas pela coexistência de ordenamentos jurídicos, centralizados e descentralizados está o Direito norte-americano e o europeu.

Há alguns anos, por exemplo, a União Europeia (UE) tem utilizado o reconhecimento recíproco de decisões judiciais. São aplicáveis entre os Estados-Membros da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em matéria penal, de 1959, adotada no âmbito do Conselho da Europa e o seu Protocolo Adicional de 1978. Estes instrumentos são completados pela Convenção de

²¹ “Antes de tudo devemos nos lembrar que o sistema financeiro nacional corresponde ao conjunto de atividades executadas pelas instituições financeiras.” (BARROS, 1998, p. 24).

²² “A cooperação jurídica internacional resulta da interação entre os Estados com o objetivo de dar eficácia extraterritorial a medidas processuais provenientes de outro Estado.” (VILARD; PEREIRA; DIAS NETO, 2008, p. 99).

²³ “No quadro atual, percebe-se que os sistemas penais, individualmente considerados, são incapazes de responder ao desafio da nova criminalidade. Torna-se, pois, cada vez mais imperioso recorrer, em matéria penal, à cooperação internacional.” (RODRIGUES; MOTA, 2002, p. 15).

²⁴ “Todos os Códigos contêm disposições sobre o âmbito de validade espacial de suas normas. O conjunto dessas disposições é vulgarmente chamado de Direito Penal Internacional, analisando-se o seu conteúdo em regras ou critérios de aplicação da lei penal no espaço.” (DIAS, 2012, p. 207).

Aplicação do Acordo de *Schengen*²⁵ e, para os Estados-Membros que os ratificaram ou a eles aderiram, pela Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo de 2000 e pelo respectivo Protocolo de 2001.

Baseadas no reconhecimento mútuo, as Decisões-quadro adotadas pelo Conselho da União Europeia de auxílio judiciário em matéria penal, relativa ao mandado de detenção e aos processos de entrega entre os Estados-Membros torna o procedimento mais célere e simples.

A ação Europeia contra o crime organizado contribuiu, e muito, para o avanço da cooperação penal mundial, especialmente no que se refere ao reconhecimento das penas pecuniárias e multas, o mandado de detenção europeu e o mandado europeu de obtenção de provas. Tudo isso, ainda deve ser complementado pelo princípio da “disponibilidade” dos dados existentes em outros ordenamentos jurídicos (como dados de registros penais), o que acarretou em mudanças consideráveis na cooperação administrativa e judiciária clássica.

Ainda no âmbito da UE, a Rede Judiciária Europeia (RJE) e a Eurojust²⁶, são pontos centrais de contatos judiciários, estabelecidos em cada um dos Estados-Membros e vocacionados para a intermediação ativa no âmbito da cooperação judiciária penal, nomeadamente, através de contatos diretos de forma a facilitar e potencializar a cooperação²⁷.

Diante da mobilidade dos grupos criminosos organizados, o aparato estatal de repressão, sob os efeitos da globalização, foi obrigado a mudar paradigmas de forma que os conceitos de soberania e territorialidade, que evidenciaram poder absoluto do Estado de se auto-organizar de acordo com seus interesses, foram abrandados em prol de interesses supranacionais, notadamente com o surgimento de organizações criadas para promover a integração de países e blocos

econômicos (SILVA SÁNCHEZ *apud* ANSELMO, 2013, p. 29).

Cumpra ainda advertir, a questão da dupla incriminação, que tem importância especial na cooperação jurídica internacional, uma vez que um Direito Penal transnacional eficaz deve servir não somente à aplicação do Direito Penal, mas também à proteção do cidadão contra a incidência de normas penais estrangeiras. Nesse tom, cabe aqui destacar a feliz síntese de Busato, que menciona o princípio da Universalidade, fundamental nos processos que norteiam a cooperação penal internacional:

Há delitos cujo interesse punitivo é compartilhado entre os distintos países e é por conta dele que aqueles casos cuja definição tenha sido objeto de tratados internacionais são perseguidos independentemente da nacionalidade do autor ou da vítima e mesmo do local do cometimento do ilícito. A base de todo Direito Penal internacional encontra-se nesse princípio, no reconhecimento da nocividade universal de determinadas condutas. Nesses casos, a determinação de competência é estabelecida pela prevenção (BUSATO, 2013, p. 112).

Entre as evidências encontradas, percebe-se que os instrumentos de cooperação citados criam uma série de soluções fundamentais para a resolução das problematizações complexas geradas pelo avanço social, cuja análise sintética, deverá gerar uma contribuição para abrangente “*teoria da integração internacional do Direito Penal*”. Quando os autores, as vítimas e os instrumentos ou produtos do crime se localizam ou atravessam a diversas jurisdições, a abordagem tradicional dos serviços responsáveis pela aplicação da lei, centrada apenas em nível nacional, acaba inevitavelmente frustrada.

²⁵ DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO de 13 de Junho de 2002, relativa às equipas de investigação conjunta (2002/465/JAI) – Considerando o seguinte: [1] Um dos objetivos da união é facultar aos cidadãos um elevado nível de segurança num espaço de liberdade, segurança e justiça, devendo esse objetivo ser atingido mediante a prevenção e o combate à criminalidade através de uma cooperação mais estreita entre as forças policiais, as autoridades aduaneiras e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, respeitando, ao mesmo tempo os princípios dos Direitos Humanos, das liberdades fundamentais e do Estado de Direito subjacentes à União e comuns a todos os Estados-Membros.

²⁶ Decisão 2009/426/JAI do Conselho de 16 de dezembro de 2008 – relativa ao reforço da Eurojust e que altera a Decisão 2002/187/JAI relativa a criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade.

²⁷ “No Brasil o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça, tem a atribuição de exercer a função de autoridade central na tramitação de pedidos e assistência entre o Brasil e os demais países.” (VILARD; PEREIRA; DIAS NETO, 2008, p. 103).

Por tal concepção, forçoso reconhecer que quando os criminosos são cosmopolitas, as intervenções não podem ser meramente provinciais. Como se pode perceber, num clima de crescente preocupação com grupos e operações de criminalidade transnacional multifacetada que ultrapassam as fronteiras nacionais, um número cada vez maior de países tem adotado medidas e estratégias para fazer face ao problema. A análise aprofundada das diversas formas de cooperação estatal em matéria penal representa uma das futuras tarefas centrais da ciência do Direito Penal em relação aos desafios da globalização, assim como do Direito Penal supranacional para a superação dos limites territoriais.

Por isso, cresce o interesse dos países pela cooperação internacional e o intercâmbio de experiências em matéria de justiça criminal de prevenção ao crime. Buscando uma atuação articulada para enfrentar com maior eficiência grupos criminosos dispersos ao redor do mundo, que muitas vezes possuem alta capacidade de comunicação e organização.

3.1 A Proposta de Desfronteirização do Direito Penal

A proposta de alargamento do Direito Penal para além de seus limites atuais é genericamente caracterizada por meio de uma aparelhagem mais forte do Direito Penal em relação à prevenção e à segurança. Partindo desta concepção, Barros ressalta que:

No combate travado contra a macrocriminalidade transnacional surge mais uma modalidade de integração movida pela globalização. Deixamos consignado que o legislador utiliza-se da chamada “ação controlada” para melhores frutos colher das investigações e também para aproximar os órgãos da Polícia, Ministério Público e Judiciário. Esse intuito de implementar ações interligadas e cooperativas entre as diversas autoridades ultrapassa as nossas fronteiras (BARROS, 1998, p. 117).

Ou seja, a mobilização internacional por uma *ciência conjunta do direito penal* inaugura um

verdadeiro horizonte compreensivo, no qual o Direito Penal é compreendido e reestruturado de modo a respeitar as transformações da sociedade aos fins que lhe são estabelecidos. Desta forma, torna-se fundamental o ajustamento do Direito Penal aos novos tipos de criminalidade surgidos²⁸.

Para tanto, se faz necessário reformar as deficiências dos Estados para o combate eficaz da criminalidade transfronteiriça organizada. Ainda assim, a criminalidade multinacional só poderá ser combatida eficazmente por meio da colaboração e assistência mútua dos serviços de aplicação da lei dos Estados envolvidos ou afetados.

Um quadro axiológico, este, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos globais que sobre eles pesam, têm de lograr um consenso alargado, que haverá de ser transposto e concretizado nas Leis Fundamentais nacionais, regionais e internacionais e de constituir o fundamento de um renovado sistema de justiça penal, baseado naquilo que porventura poderei chamar (perdoe-se o meu atrevimento) um novo contrato social (DIAS, 2012, p. 44).

Significa dizer, que os tratados de auxílio judiciário e os tratados de extradição podem dar um contributo e apresentar alguns resultados positivos, mas são insuficientes perante a complexidade dos delitos hodiernos.

Diante de tais premissas e tantas outras que vêm delineando o tema, nota-se que a harmonização do Direito Penal tanto no Direito Material quanto no Processual, poderia levar a um progresso jurídico com a criação de modelos e soluções geográficas do Direito Penal. E como não poderia deixar de ser, para alcançar estas soluções, deverá ocorrer certa renúncia de soberania nacional baseada na confiança mútua. Além disso, é fundamental observar que, para que ocorra a ação conjunta do Direito Penal, torna-se indispensável um estudo do direito comparado a fim de analisar algumas especificidades culturais que sejam inerentes às sociedades envolvidas²⁹. Por fim, deve-se ter em consideração o reconhecimento e a aceitação desses modelos de cooperação com base no reconhecimento mútuo de decisões, sempre questionando às diferenças jurídicas de cada país.

²⁸ “Igualmente se verifica a insuficiência ou a inadequação do direito penal liberal, dotado de meios limitadores, para atender à atual e à crescente demanda pela consecução da segurança diante dos riscos tecnológicos.” (SILVA, 2010, p. 107).

²⁹ “Pero lo hace de modo distinto en las sociedades medievales, totalitarias o modernas occidentales, etcétera.” (ROXIN, 2000, p. 112-113).

4 A SOCIEDADE DE RISCO E AS IMPLICAÇÕES DOGMÁTICAS DECORRENTES DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DA SEGURANÇA

“Perante o dilema apontado, com efeito, não falta quem sustente – em particular, a chamada ‘Escola de Frankfurt’ – que o Direito Penal não pode arvorar-se em instrumento de tutela perante os novos e grandes riscos da sociedade presente e futura.” (DIAS, 2012, p. 41). Os representantes da Escola de Frankfurt criticam severamente os exageros que a nova política criminal tem imposto para acompanhar os avanços tecnológicos, pleiteando o retorno do clássico Direito Penal liberal.

Orientam no sentido de que este ramo deve ser preservado, remetendo-se para outras áreas punitivas, não penais, ou até para meios não jurídicos, em resposta aos novos desafios inerentes à nova sociedade, uma vez que, para estes autores, a diluição do direito penal nas águas do risco só poderá trazer a sua funcionalização e desformalização (FERNANDES, 2001, p. 71-72).

Nessa mesma linha, Guzela menciona a significativa lição de Hassemer, que aduz:

Nesse contexto, retirar-se-ia do âmbito do direito penal clássico os “modernos setores” e inserir-se-os-ia na esfera do direito penal extravagante, de intervenção, que estaria situado entre o direito penal e o direito contravençional, entre o civil e o direito público, e seria dotado de garantias menos apertadas do que as que gerem o direito penal, bem como sanções menos intensas para os indivíduos (HASSEMER *apud* GUZELLA, 2011, p. 55)

Ainda assim, não se ignora a problemática da sociedade de risco e suas ingerências sociais ao propugnar novas formas de superar tal contexto, reconhecendo a ineficácia penal aos novos desafios, por conseguinte, sua total ilegitimidade para cuidar de bens jurídicos globais. A insegurança

social se reflete na expansão do Direito Penal, o que remete a Silva-Sanchez e à quarta velocidade do Direito Penal. A quarta velocidade do Direito Penal está relacionada ao neopunitivismo e aos crimes de *Lesas-humanidade* julgados pelo Tribunal Penal Internacional. Nessa velocidade, há uma nítida diminuição das garantias individuais penais e processuais penais desses réus, defendida inclusive pelas Organizações Não Governamentais (ONG’s).

Inserindo-se a dignidade penal no contexto dos postulados já referidos, constata-se, desde logo, que os valores mais representativos da sociedade, que emanam do consenso, delimitam o campo de intervenção Estatal viabilizando a aplicabilidade de um Direito Penal eficaz. Na definição de Andrade (1992, p. 184): “a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade.”. Portanto, só a gama dos valores sociais ligados à promoção da dignidade humana (vida, honra, integridade física e patrimônio), cuja ofensa repercute em grave dano social, é digna de proteção penal.

De fato, o efeito colateral da tendência expansionista do Direito Penal materializado pelos avanços tecnológicos notabilizou-se pela ideia de antecipação de punibilidade e ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes, a pretexto de uma proteção efetiva dos aludidos bens jurídicos coletivos. “A partir de então, as incriminações relacionadas com a proteção de bens jurídicos coletivos, provenientes de situações de risco geradas por ações humanas nos domínios técnico, científico e econômico, ficariam nos domínios do Direito Penal de risco.” (GUZELLA, 2011, p. 54).

Mesmo para aqueles que partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo³⁰, – o que implica sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum –, compartilham da necessidade de expansão no trato da questão aqui abordada. Desta forma, parte-se do horizonte semântico de que o Direito Penal procura minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e

³⁰ “O critério decisivo, para analisar a legitimidade de um processo de neocriminalização será o de saber, por um lado, se se trata de fenômenos sociais novos, ou em todo o caso anteriormente raros, que desencadeiam consequências insuportáveis e contra as quais só o Direito Penal é capaz de proporcionar proteção suficiente. Ainda aqui, assim, deparamos com os critérios da dignidade penal e da carência de tutela penal. Também aqui, pois – e, sobretudo perante fenômenos sociais ainda mal conhecidos na sua estrutura e nas suas consequências – se deverá evitar uma intervenção prematura da tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social.” (ANDRADE; DIAS, 2013, p. 441).

relações causais complexos, tornando-se o Direito Penal um instrumento em busca do controle de grandes problemas da sociedade pós-moderna.

Salientam-se, por pertinente, as palavras de Dias (2012, p. 46), que adverte: “Uma consequência que aponta para uma via irreversível de evolução dos sistemas da justiça penal, para uma via que procura acompanhar a dramática internacionalização do próprio fenômeno da criminalidade, de forma muito particular, da criminalidade organizada.”

Diante das diferentes argumentações propostas, restou claro que há certo consenso pela doutrina acerca de vários pontos onde se concentra a discussão da atual evolução do Direito Penal. Discutem-se as características do que se convencionou chamar de *Direito Penal do risco* ou *Direito Penal de segurança*, ou até mesmo *Direito Penal da prevenção*. Outro ponto é a capacidade de condução do problema pelo Direito Penal clássico e o Direito Penal que se pretende construir³¹, considerando a crise atual de efetividade e de legitimidade. “Diante da ameaça global de lesões transnacionais de bens que nos interessam e ameaçam toda a humanidade, o Direito Penal se expande, determinando a proteção penal dos novos riscos.” (GUZELLA, 2011, p. 72).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verifica-se que a atual política criminal e o Direito Penal não caminharam na mesma velocidade do avanço tecnológico mundial. Vivencia-se uma nova configuração social, marcada pela insegurança e pela incerteza da efetividade da resposta político-criminal frente aos avanços tecnológicos.

Com as profundas mudanças experimentadas nas estruturas socioeconômicas e políticas da sociedade contemporânea, procurou-se analisar os limites da eficácia do Direito Penal e sua (in)capacidade de produzir respostas institucionais satisfatórias e compatíveis com as profundas mudanças experimentadas nas últimas décadas pela sociedade contemporânea.

“O Estado moderno não pode prescindir do emprego de instrumentos legais que propiciem a

utilização de novas formas de contra-ataque para enfrentar as duras batalhas que trava com os megacriminosos.” (BARROS, 1998, p. 14). Dado o exposto, conclui-se que os instrumentos punitivos tradicionais, concebidos segundo os critérios do Estado Liberal do século XIX, construídos a partir de uma realidade cultural inteiramente diversa da atual, encontram-se muito aquém dos reclamos das modernas configurações sociais, mormente, quanto aos crimes técnico-econômicos de maior complexidade surgidos na era pós-industrial³². Existe, portanto, uma idealização do funcionamento e da capacidade de reação do Direito Penal não condizente com a realidade contemporânea da atual sociedade do risco.

O panorama da exposição feita até aqui mostra que os problemas na limitação territorial e funcional do direito penal apresentam reflexos sociais de profunda magnitude. Diante dessa complexa rede de relações, depara-se a ciência jurídico-penal em sua tarefa de zelar pelos direitos e garantias fundamentais, de velar pelo equilíbrio e racionalidade na atuação reservada à sua intervenção.

Para que se possa minimizar a problemática oriunda da alienabilidade da política criminal diante do novo panorama de criminalidade, faz-se necessário estabelecer novos rumos de cooperação internacional. Sendo, portanto, considerável adotar medidas mais intensas de harmonização da legislação penal mundial, mas também, a conjugação de esforços entre autoridades responsáveis pelo compartilhamento de informações, transmissão de dados e armazenamento. Outro ponto fundamental é o trabalhado em estreita cooperação entre os governos, organizações internacionais e a sociedade civil no sentido de fortalecer estruturas institucionais e o Estado de Direito para um efetivo controle do crime organizado.

A intervenção jurídico-penal deve buscar, portanto, a máxima eficácia preventiva e a certeza da efetividade penal aos novos perfis criminológicos, sobretudo, por meio de um intercâmbio coerente com a dinâmica que a atual sociedade do risco demanda.

³¹ “No outro extremo se perfilam aqueles que pleiteiam a ideia de um Direito Penal por inteiro funcionalizado às exigências próprias da sociedade de risco.” (DIAS, 2012, p. 42).

³² “Pero lo hace de modo distinto en las sociedades medievales, totalitarias o modernas occidentales, etcétera.” (ROXIN, 2000, p. 112-113).

Portanto, a emergência penal, facilmente perceptível pela multiplicação de formas de criminalidade, demanda precisão e clareza³³. O Direito, como mecanismo de tutela de relações e pacificação social, não pode ficar alheio às mudanças. A sociedade se renova e, com ela, surgem novas necessidades, desse modo, não há como sustentar um Direito Penal estático e imutável. Logo, o processo de “modernização” do Direito Penal, demanda frente a nova realidade obter respostas imediatas e eficazes ao agigantamento das inovações delituosas do século XXI, partindo do reconhecimento de que o instrumental clássico não é apto para a luta contra a criminalidade hodierna.

Um projeto como esse promete, ainda, um ganho adicional para o intercâmbio crítico entre cientistas estrangeiros. No entanto, o respeito aos Direitos Humanos requer a construção de um sistema de justiça criminal justo e eficaz, capaz de controlar a criminalidade dentro dos limites colocados pelo Estado de Direito contra os possíveis exageros da expansão do direito penal de risco.

Finaliza-se manifestando a íntima convicção de que o maior desafio do Direito Penal, na sociedade contemporânea é encontrar mecanismos que possibilitem uma maior eficácia frente a complexidade da criminalidade atual, sem reduzir as garantias instituídas pelo clássico Direito Penal, como um sistema de proteção ao cidadão, que, sob nenhum pretexto, deve fugir aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Assim, crê-se convictamente, que se pode afastar visões apocalípticas hoje em voga relativamente ao funcionamento futuro do sistema penal e manter a esperança na sua capacidade para responder de forma satisfatória às legítimas e razoáveis expectativas comunitárias de paz e de segurança.

O Direito Penal está legitimado a intervir, desde que funcione no mais profundo respeito ao ser humano, sem perder sua identidade. A essa concepção, casa-se o pensamento do ilustre Andrade (2004, p. 55), quando lança a advertência de que “só os sacrifícios dos bens jurídicos que configurem manifestações particularmente qualificadas e intoleráveis de danosidade social podem fazer jus às reações criminais.”

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Safe, 2007.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. Comunicação apresentada no Colóquio Internacional para um sistema de direito penal europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, ano 2, p. 173-205, abr.-jun. 1992.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do direito penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Diálogos constitucionais Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.
- ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2013.
- ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII*. v. I. Lisboa: Edições 70, 1990.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

³³ “A ciência do Direito Penal precisa certificar-se de forma precisa e segura das possibilidades de solução dos problemas pelo sistema jurídico-penal e demarcar os limites destas possibilidades. Precisa determinar, de forma bem fundada, se e quais funções simbólicas o sistema jurídico-penal pode apresentar e responder.” (HASSEMER, 2012, p. 12).

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas: história, direito, filosofia, psiquiatria, antropologia e ciências sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p.179-211.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal parte geral: questões fundamentais a doutrina geral do crime*. Tomo I, 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 20, n.º 99, set.-out. 2012.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte geral esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coord. Pedro Lenza).

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. In: *Revista de Estudos Criminais*, v. 5, n. 17, jan.-mar. 2005.

GIORGI, Raffaele de. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, p. 37-49, mar.-jun. 2008.

GUZELLA, Tathiana Laiz. *Crimes tributários: aspectos e crítica*. Curitiba: Juruá, 2011. (Prefácio de René Ariel Dotti).

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2,

abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em: 8 set. 2014.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, out.-dez. 1994.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Crimes de computador e segurança computacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. (Prefácio de José Eduardo Martins Cardozo).

MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa de. Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal in *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*. Org. Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

MASI, Carlo Velho; MORAES, Voltaire de Lima. Sistema penal & violência. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Ed. PUC-RS, v. 5, n. 1, p. 93-102, jan.-jun. 2013.

PAZ, María Isabel Sánchez García de. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. 2. ed. Valladolid: Ed. Universidad de Valladolid, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro – questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*.

Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanche, 2000. (Introducción de Francisco Muñoz Conde.)

RUIZ, Carmen Eloísa. Derecho de Competencia y Protección Penal de La Información. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 20, n.º 98, set.-out. 2012. (Coordenação de Helena Regina Lobo da Costa.)

SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista Liberdades*, São Paulo, Ed. IBCCRIM, n. 5, set.-dez. 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz

Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: los aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TASSE, Adel El. *Crimes federais: resumo dos tópicos mais importantes para concursos públicos*. São Paulo: Método, 2011.

TIEDEMANN, Klauss. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico: crimes econômicos e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN eletrônico: 2179-8222

Área: Direito

Editor: Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Endereço eletrônico
(e-mail): revistaeletronica@fasa.edu.br

Periodicidade: semestral

Idioma: Português

Forma de distribuição: eletrônica, constante na página eletrônica direito.fasa.edu.br, com acesso livre. O formato é copiável, mas pede-se a citação de autor e fonte.

1 INFORMAÇÕES INICIAIS E TÉCNICAS SOBRE A REVISTA

A Revista Eletrônica Fas@Jus é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Tal Faculdade tem sede em Montes Claros, Minas Gerais, na Av. Donato Quintino, 90, Shopping Center, CEP 39400-546. Os telefones são (38) 3224-7905 (Coordenação), 3224-7901 (recepção) e 3224-7900 (geral).

A e-Revista Fas@Jus é uma publicação eletrônica e, em algumas oportunidades, são impressos alguns exemplares, com o fim de divulgação. É composta das seguintes seções fixas:

ENTREVISTA – destinada a divulgar assuntos relacionados ao Direito, orientação profissional e temas ligados aos órgãos nos quais atuam os operadores do Direito;

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Neste ponto, uma explicação. A Fas@Jus não publica arti-

gos e resenhas envolvendo parceria de Professores e Acadêmicos porque:

- há seção exclusiva para publicação de textos dos Acadêmicos da Casa;
- é forma de incentivar aos Acadêmicos a publicarem de forma isolada;
- é forma de evitar que Professores exijam que seus Alunos façam artigos científicos e incluam os seus (dos Professores) nomes;
- parcerias, normalmente, não valem pontuação, para os Acadêmicos, em concursos públicos de provas e títulos;
- no caso específico da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). São aceitas parcerias entre Acadêmicos, embora não sendo aconselhável porque tais publicações com mais de um autor, normalmente, não resultam em pontuação em concursos públicos de provas e títulos e, no caso da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DE EGRESSOS – seção destinada aos ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho;

ELO COM OUTRAS IES – espaço apropriado para publicação de artigos científicos de autoria de:

- Acadêmicos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Egressos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Professores de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;

AUTOR CONVIDADO – seção destinada a conter artigos científicos de autoria de pessoas que o Editor ou os componentes do Conselho Editorial convidam a colaborar;

RESENHA – espaço destinado a publicação de resumo crítico, comparativo ou contendo emissão de juízo de valor por parte do autor sobre obras artísticas que são da área do Direito ou são a tal área inter-relacionados. São exemplos: livros, filmes, peças teatrais, músicas e outras atividades artísticas que tocam no tema dos segmentos do Direito.

2 NORMAS GERAIS E INICIAIS PARA QUAISQUER TIPOS DE MATERIAL SUBMETIDO À ANÁLISE, APRECIÇÃO E PUBLICAÇÃO

I – somente serão analisados, pelo Conselho Editorial, materiais inéditos, entendo como inédito o texto que tenha sido motivo de, em forma de resumo, eventuais apresentações orais, em eventos científicos;

II – a submissão de texto científico a ser analisado e, se aprovado, publicado, importa em ciência de que há originalidade, não há plágios, fraude ou cópias e que o material é inédito em termos de publicação, afirmações sob a responsabilidade, nas searas penais e civis, do autor;

III – a submissão dos trabalhos implica:

- a) aceitação e autorização da publicação, se aprovado pelo Conselho Editorial, com cessão dos direitos autorais de colaboração autoral inédita;
- b) ciência de que o material, se aprovado para publicação, poderá ser submetido a correção linguística, metodológica, de formatação e padronização;
- c) ciência de que a não aprovação, por parte do Conselho Editorial, não implica em responsabilidade de informar em que partes do texto foram notadas deficiências (a reprovação do texto não se traduz por oferta de correção ou sugestões);
- d) ciência de que somente em casos excepcionais o Conselho Editorial devolverá o material ao autor, para melhoramentos, adequações e adaptações, sendo a regra a reprovação do que não se encaixar nas regras ora fixadas.

3 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar artigos científicos que lhe sejam submetidos, com as seguintes condições.

PRIMEIRA. TEMA

Os artigos científicos submetidos devem conter, a princípio, exclusivamente temas de Direito. Mas, há como mesclar Direito e outros segmentos do saber (Direito e Economia, Direito e Psicologia, Odontologia Legal, Medicina Legal, por exemplos) assim como são aceitos textos envolvendo, também como exemplo, Educação Superior.

SEGUNDA. FORMATO DO DOCUMENTO

O artigo científico submetido:

I – deve ser enviado exclusivamente em texto digitado, redigido em Língua Portuguesa, sem envio de material impresso;

II – deve estar digitado com tipos Times New Roman (preferencialmente) ou arial;

III – exceto as citações longas, o texto deve ter tipos tamanho 12, com espaço 1,5 entre linhas;

IV – as citações curtas, de até três linhas, devem vir dentro do texto, entre aspas;

V – as citações longas devem:

- a) ser digitadas em tipos de tamanho 11;
- b) ser recuadas em 2,5cm (duas vezes o espaço 1,25cm do parágrafo normal);
- c) ter espaço simples (espaço 1) entre linhas;
- d) ter referência a autor – apenas pelo sobrenome e em letras maiúsculas – data e número da página;

VI – ter, no mínimo, dez páginas, incluindo bibliografia e notas de rodapé;

VII – estar redigido em formato word (não se admitindo arquivo em PDF ou outro formato), com as seguintes especificações:

- a) a página deverá ser padronizada com margens superiores e esquerda com 3cm e margens superiores e direita com 2cm;
- b) os recuos de parágrafos devem ter 1,25cm, e a separação entre parágrafos deve ser feita com utilização de espaço normal entre linhas;

VIII – o título do artigo deve ser digitado em tamanho 14 ou 16, com efeito negrito e centralizado;

IX – se houver subtítulo do artigo, deve vir todo digitado em letras minúsculas – exceto em se tratando de nomes próprios – e após o título, tendo dois pontos imediatamente após a última letra do título e antes do subtítulo;

X – o nome completo do autor do texto deve ser digitado em tamanho 12, alinhado à direita, com nota de rodapé contendo a qualificação resumida do autor (títulos e Instituições de Ensino às quais se acha ligado ou nas quais obteve os títulos);

XI – o Resumo deve:

- a) ter o máximo de 200 palavras, em único parágrafo;
- b) estar digitado em espaço simples (espaço 1);
- c) ser redigido em Língua Portuguesa;
- d) conter até cinco palavras-chave, estas escritas na última linha;

XII – o Resumo deve ser traduzido, preferencialmente em inglês, na mesma condição do Resumo, sob a forma de ABSTRACT, inclusive as cinco correspondentes *keywords*;

XIII – os destaques devem ser feitos exclusivamente com utilização de tipos itálicos, não se admitindo negrito e sublinhado;

XIV – a Bibliografia deve:

- a) ser inserta ao fim do texto, exclusivamente;
- b) ter o subtítulo como, apenas, REFERÊNCIAS;
- c) ter espaço simples entre as linhas;
- d) estar alinhada à esquerda;
- e) conter:
 - 1) nome de família do autor, em letras maiúsculas, seguido de vírgula;
 - 2) restante do nome do autor somente com iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação que ficam escritas em minúsculas (exemplos: de, da, e), seguido de ponto final;
 - 2) título da obra somente com a primeira inicial maiúscula, exceto em se tratando de nomes próprios, com efeito itálico; seguido de dois pontos se houver subtítulo ou ponto final quando não houver subtítulo;
 - 3) se houver, subtítulo da obra somente com iniciais minúsculas, exceto em se tratando de nomes próprios, sem efeitos;
 - 4) nome do tradutor, se houver, seguindo de ponto

final;

5) número da edição indicada apenas pelo algarismo arábico seguido de ponto final e somente em sendo da segunda edição em diante, e seguido da palavra “ed.”, em letras minúsculas seguidas de ponto final, como forma de abreviar “edição”;

6) o nome da cidade em que houve a publicação, seguido de dois pontos;

7) o ano da edição, seguindo de ponto final;

8) notas esclarecedoras como título original ou a qual coleção pertence, se houver;

XV – o material gráfico e ilustrações devem:

- a) ter largura entre 8,5cm e 16cm;
- b) ser numeradas sequencialmente em algarismos arábicos;
- c) estar localizados(as) dentro do texto, quando tratado do assunto em que a ilustração, quadro, tabela ou outra forma de ilustração se referir;
- d) ter legendas escritas em tipos Times New Roman, tamanho 8, logo abaixo da figura.

TERCEIRA. O TEXTO E OS SUBTÍTULOS

O texto deve ser apresentado em estilo “justificado” (de um lado ao outro da página) e separado por subtítulos, precedidos de algarismos arábicos. Quando se tratar de numeração primária (exemplos: 1, 2, etc.), o subtítulo deve vir todo escrito em letras maiúsculas, com efeito negrito. Quando se tratar de numeração secundária (exemplos: 1.1; 1.2; 2.1; 2.2, etc.), o subtítulo deve ter somente as iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação e palavras monossilábicas (exemplos: de, para, por, as), com efeito negrito. Subtítulo com numeração terciária (exemplos: 1.1.1; 1.1.2, etc.) deve conter apenas a primeira inicial maiúscula, e sem efeito negrito.

QUARTA. NOTAS DE RODAPÉ

Somente são admitidas notas de rodapé para identificação resumida do autor (inciso X da nota SEGUNDA) e para notas explicativas. Não são admitidas referências bibliográficas como nota de rodapé. Os tipos das notas de rodapé devem ser de números 9 ou 10.

QUINTA. ABREVIATURAS, ABREVIACÕES E SIGLAS

A primeira utilização de iniciais, abreviatura e sigla somente será admitida após o nome por extenso da sequência abreviada, e entre parênteses. A partir da primeira utilização de iniciais, abreviaturas e siglas, pode-se utilizar, opcionalmente, todo o nome ou a forma diminuída. Não se admite o uso

de abreviações (exemplos: cine, fone).

Notar que não há pontos finais em iniciais ou siglas.

Exemplos de siglas: Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) ou Faculdade de Direito Santo Agostinho (Fadisa) (nos exemplos, a palavra formada tem mais de quatro letras e, por isso, pode aparecer em caixa-alta ou somente com a primeira letra em maiúscula; se fosse composta de até quatro letras, o uso seria, exclusivamente, exclusivamente com letras maiúsculas).

Exemplos de iniciais: Fundo Monetário Internacional (FMI); Núcleo Docente Estruturante (NDE).

SEXTA. NUMERAIS

No texto, os numerais são escritos por extenso entre um e vinte e a cada vez que a indicação for em números pronunciados com única palavra (exemplos: trinta, cem, quinhentos, mil) e em algarismos nos demais casos (exemplos: 21, 45, 135, 1.011). Deve-se notar que a partir de mil, há ponto final entre o milhar e a centena. Não se usa ponto final entre o milhar e a centena é em datas. Exemplos: 2015, 1968; 2045.

4 NORMAS ESPECÍFICAS PARA PUBLICAÇÃO DE RESENHAS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho acei-

ta analisar **resenhas** que lhe sejam submetidas. A elaboração de resenhas deve obedecer, em tudo, as normas para publicações de artigos, exceto as seguintes particularidades:

I – admite-se texto sem subtítulos ou com subtítulo sem numeração;

II – o texto deve ter, no mínimo, cinco páginas;

III – não há resumo e/ou *abstract*;

IV – as obras resenhadas devem, obrigatoriamente, envolver o Direito, não se fixando quais as modalidades intelectuais em que a arte analisada é apresentada (exemplos: filmes, livros literário, peças teatrais e outras).

V – admite-se Referência com apenas dados da obra resenhada.

5 NORMAS DA ABNT

Em quaisquer textos submetidos à análise do Conselho Editorial da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, devem ser observadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) em tudo que não ficou descrito nas regras anteriormente descritas.

