

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO

Vol. 7, nº 1, jan-jun 2011 - ISSN 2238-0604

SUMÁRIO

Apresentação

5

*A crise do estado e a crise da jurisdição:
(in)eficiência face à conflituosidade social*

7

O desafio da sustentabilidade urbana

39

*O conceito de educação, liberdade de expressão e a participação da
comunidade nas eleições escolares*

61

*Conselho de direitos da criança e do adolescente:
efetivação de direitos fundamentais?*

75

*Reforma do código de processo civil:
a busca pela razoável duração do processo, como direito fundamental,
frente às garantias processuais*

92

Impeachment: peça de museu?

112

*Vícios do consentimento e nulidade dos tratados à luz da convenção de
viena sobre direito dos tratados de 1969*

133

*Direito, escravidão e literatura:
reflexões acerca da (in)efetividade dos direitos fundamentais a partir do
conto “negrinha”, de Monteiro Lobato*

147

APRESENTAÇÃO

Caro leitor,

A Revista Brasileira de Direito (RBD), vinculada à Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED), vem consolidar o projeto para a qual foi concebida de ser um espaço plural e interdisciplinar atento à complexidade e ao processo de construção contínua, e crítica do Direito.

A trajetória da Revista Brasileira de Direito (RBD) inicia no ano de 2005. Inicialmente disponível na forma impressa, passa, a partir de 2011, a contar com edições semestrais, em formato eletrônico.

Dois grande objetivos acompanham a RDB desde a sua origem. O primeiro, “servir como instrumento de publicação e veiculação da produção científica e intelectual de professores, acadêmicos e pesquisadores vinculados aos cursos de graduação e pós-graduação em Direito” de instituições nacionais e internacionais. O segundo, vinculado a sua proposta substancial, “concentrar esforços na publicação de trabalhos que contribuam para a renovação da dogmática jurídica brasileira, superando o isolamento estanque dos esforços teóricos de crítica e reflexão a respeito dos fundamentos dos institutos jurídicos brasileiros”. Soma-se a esses dois objetivos o desafio da interdisciplinaridade entre as áreas do saber, meta constante na trajetória das ações IMED.

E, desde o primeiro número, primou por refletir a proposta inovadora da Escola de Direito, voltada para a formação integral do futuro operador jurídico, buscando preparar os profissionais para mudanças e desafios, com visão crítica e consciente do Direito e da sociedade, levando à reflexão sobre o sistema jurídico, social e econômico existentes, sem descuidar dos aspectos humanísticos, das práticas metodológicas interdisciplinares e da valorização da meritocracia.

A Revista reúne artigos de pesquisadores docentes e discentes de diversas instituições e Programas de Pós-Graduação, na área do Direito e afins, procurando uma sistematização do conhecimento jurídico.

Os temas distinguem-se pela grande fluidez das ideias e dos estudos desenvolvidos, em época de mudanças legislativas, de construção ativa judicial e de análises críticas sobre a sociedade e o papel e as possibilidades do Direito num ambiente de relações cada vez mais complexas.

As temáticas desta edição analisam o impeachment e sua ‘aplicabilidade’ no Estado brasileiro; possíveis vícios do consentimento e nulidade dos tratados à luz da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969; a crise do Estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social; a participação nas escolhas dos dirigentes escolares a partir do conceito de educação, liberdade de expressão; a questão da sustentabilidade urbana como desafio da atualidade; aspectos relacionados a efetividade dos direitos fundamentais da criança na implementação dos Conselhos; traz a discussão o princípio da razoável duração do processo versus as garantias processuais e a Reforma do Código de Processo Civil e, em abordagem inter e transdisciplinar de aproximação entre direito e literatura, apresenta reflexão sobre o direito, a escravidão e a literatura, com análise da (in) efetividade dos direitos fundamentais a partir do conto “Negrinha”, de Monteiro Lobato.

Certamente, a diversidade temática da Revista Brasileira de Direito (RBD), permitirá uma visão crítica e atualizada de diversas questões da área jurídica, num espaço construído em uma instituição de ensino superior, que pretende ser excelência na sua área de atuação.

Registramos o agradecimento aos que contribuíram para a concretização dessa edição, em especial nosso reconhecimento aos autores dos textos publicados, aos membros do Conselho Editorial, aos avaliadores *ad hoc*, à *Direção da IMED*, à *Coordenação do Curso de Direito*, à *Editora e demais colaboradores*.

Boa leitura a todos.
Diretores da Revista

A CRISE DO ESTADO E A CRISE DA JURISDIÇÃO: (IN) EFICIÊNCIA FACE À CONFLITUOSIDADE SOCIAL*

THE CRISIS OF THE STATE AND THE CRISIS OF JURISDICTION: (IN) EFFICIENCY TO FACE SOCIAL CONFLICT

*Fabiana Marion Spengler***

* O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz* financiado pelo CAPES/CNJ do qual é pesquisadora a autora.

** Pós-doutorada pela Università Roma Tre/Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS; mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS; docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da última instituição; docente da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ Coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPQ; coordenadora do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814); coordenadora do projeto de pesquisa: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011; pesquisadora do projeto *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz* financiado pelo CNJ e pela CAPES; pesquisadora do projeto intitulado: “Direitos Humanos, Identidade e Mediação” financiado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; coordenadora e mediadora judicial junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos”; advogada. Endereço eletrônico: <fabiana@unisc.br>. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8254613355102364>>. Blog: <<http://fabianamarionspengler.blogspot.com>>.

“Gentile cittadino,

Tutto quello che sappiamo di Lei è che non crede nella giustizia. Non conoscendola, ne ignoriamo le ragioni: possiamo immaginarle, ma senza certezze, perché molte, e contrastanti, sono le alternative possibili. Forse la Sua sfiducia deriva dal vedere intorno a sé uno scempio quotidiano e impunito di diritti e di legalità (reso ancor più acuto da immunità e condoni); o forse è deluso perché ha misurato (e misura) sulla Sua pelle i tempi e i costi di un processo farraginoso e incomprensibile, o si sente non tutelato e insicuro; forse, invece, hanno fatto breccia in Lei le martellanti campagne del presidente del Consiglio (...) e dei suoi media secondo cui i magistrati sono “un cancro da estirpare” e la giustizia un “campo di battaglia” dove si consumano scontri e vendette politiche; o forse più semplicemente, è infastidito dai personalismi e dalle polemiche che accompagnano ogni vicenda giudiziaria di rilievo. Comunque sia, Lei non ha fiducia nella giustizia...” (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. VII – prólogo).

Resumo: O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais e, paralelamente, a perda de espaço da atuação judicial/estatal como mediadora, o que se converte em risco para a democracia. O fomento dessas instâncias privadas acontece, principalmente, em função da crescente complexidade social apontada pelos novos papéis desempenhados que se refletem, por sua vez, na conformação de novas e inusitadas relações, cuja principal consequência é a multiplicação dos centros de poder. Nesse momento, é possível perceber a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade conflituosa atual. Surgida como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os indivíduos integrantes dos grupos sociais, a jurisdição (enquanto monopólio estatal de aplicação do Direito) aparece e mune-se de poder de coerção. Este fato afasta/deveria afastar, progressivamente, a justiça privada, considerada como garantia de execução pessoal do direito.

Palavras-chave: Crise do Estado; jurisdição; conflito.

Abstract: The Judiciary lies in the center of the main debates in the last decade. Such debates point to its crisis, which arise the need of physical, personal and mainly political structural character reforms. The crisis intensifies when observing the raise of the “private” character instances in the treatment of social conflicts and alongside, the lost of space in judicial/state acting as a mediator, what becomes a risk to democracy. The encouragement of these private instances happens mainly because of the growing social complexity, pointed by new roles developed that reflect, on the other hand, is shaping of new and unusual realtions, which the main consequence is the multiplication of power centers. At this moment it is possible to see the retraction and the mismatch between functional jurisdiction of the State and its current conflictuous complexity. Emerged as a way to guarantee harmonic and pacific coexistence among the individuals members of the social groups, the jurisdiction (while state monopoly of law application) appears and provide itself of coercion power. This fact deviates/should deviate, progressively, private justice, considered as a guarantee of personal right execution.

Keywords: State crisis, jurisdiction, conflict

Introdução

O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais¹ e, paralelamente, a perda de espaço da atuação judicial/estatal como mediadora, o que se converte em risco para a

1 É importante ressaltar que a perda estatal do monopólio da jurisdição levou ao convívio, em uma mesma sociedade, de um espaço jurídico oficial e outro não-oficial, cuja importância é reconhecida pelos hipossuficientes que não têm possibilidade de acesso ao direito estatal.

democracia. O fomento dessas instâncias privadas acontece, principalmente, em função da crescente complexidade social apontada pelos novos papéis desempenhados que se refletem, por sua vez, na conformação de novas e inusitadas relações, cuja principal consequência é a multiplicação dos centros de poder. Nesse momento, é possível perceber a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade conflituosa atual. Surgida como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os indivíduos integrantes dos grupos sociais, a jurisdição (enquanto monopólio estatal de aplicação do Direito) aparece e mune-se de poder de coerção. Este fato afasta/deveria afastar, progressivamente, a justiça privada², considerada como garantia de execução pessoal do direito. É através da jurisdição que o Estado entra como um terceiro, substituindo as partes envolvidas, a fim de tratar o conflito, através do direito objetivo, de forma imparcial e neutra³.

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gravativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da

2 “Oriunda da ausência de um poder central organizado, é geradora de intranquilidades comprometedoras do convívio social, afinal, nesses conflitos solucionados mediante a defesa privada, não há como saber-se quem realmente detinha a razão ou quem fora mais forte, mais astuto, no desenrolar da lide” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*: alternativas à jurisdição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 58).

3 *Ibidem*, p. 58.

transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente.

Em termos de jurisdição, os limites territoriais do Judiciário, até então organizados de modo preciso, tem seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justiça emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos. Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nestes termos, o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados⁴.

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e, especialmente, da estrutura funcional necessária para sua realização. Todavia, a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise. É possível observar que as várias instâncias determinadoras da perda de centralidade e de atribuição do Estado, no momento de produzir ou de aplicar o Direito, traduzidas pela globalização e pela abertura de fronteiras, pela desre-

4 FÁRIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001, p. 8-9.

gulação e pela *lex mercatória*, permitem espaço para o surgimento de instâncias alternativas de tratamento de conflitos, o que se dá em âmbito nacional e internacional. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatividade.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitado de forma ampla.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo discutir a crise do Poder Judiciário como conseqüência da crise do Estado e suas relações com o Direito enquanto produtor/produto dessa mesma crise. Por conseguinte, a discussão estará calcada primeiramente na análise do processo histórico que levou a autonomização das esferas de valor que, ao serem racionalizadas segundo suas próprias leis, criam conflitos inconciliáveis entre si desencadeadores da crise. Tal crise evidenciou o esgotamento das potencialidades do projeto moderno apontando para a insuficiência do imaginário⁵

5 Aqui, não se pode deixar de mencionar as palavras de Cornelius Castoriadis: “aquilo que, a partir de 1964, denominei o imaginário social – termo retomado depois e utilizado um pouco a torto e a direito – e, mais genericamente o que denomino o imaginário, nada tem a ver com as representações que circulam correntemente sob esse título. Em particular, isso nada tem a ver com o que algumas correntes psicanalistas apresentam como “imaginário”: o “espetacular”, que, evidentemente, é apenas imagem *de* e imagem refletida, ou seja, *reflexo*, ou, em outras palavras ainda, subproduto da ontologia platônica (*eidolon*), ainda que os que utilizem o termo ignorem sua origem. O imaginário não é a partir da imagem do espelho ou no olhar do outro. O próprio “espelho”, e sua possibilidade e o outro como espelho são antes obras do imaginário, que é criação *ex nihilo*. Aqueles que falam de “imaginário” compreendendo por isso o “espetacular”, o reflexo ou o “fictício”, apenas repetem, e muito freqüentemente sem o saberem, a afirmação que os prendeu para sempre a um subsolo qualquer da famosa caverna: é necessário que (este mundo) seja imagem *de* alguma coisa. O imaginário de que falo não é imagem *de*. É criação incessante e essencialmente indeterminada (social-histórica e psíquica) de figuras/formas/imagens, a partir das quais somente

dos juristas em relação às exigências dos tempos contemporâneos, caracterizados por mudanças sociais significativas.

Portanto, a análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário estará centrada em suas duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum.

Contudo, a dificuldade do Estado de, por meio de seus poderes, disciplinar e regular as relações sociais mediante um ordenamento jurídico rígido e descolado da complexidade atual provoca a polêmica judicialização da política⁶. Um dos sintomas disso é a idealização do Judiciário e da figura do juiz para o qual se transferem todos os anseios e todas as expectativas dos mais diversos segmentos sociais. Dessa maneira, as dificuldades do Poder Judiciário de cumprir o seu papel não podem ser analisadas sem que se faça referência à crise científica e suas extensões econômicas e sociais, ou, ainda, à famosa crise de valores. Enquanto instituição monopolizadora da justiça, chamando para si a atribuição de dizer o direito ao caso concreto, o Judiciário assume uma função anacrônica que não condiz com a atual complexidade social hodierna, tornando-se alvo de uma grande indagação: ele pode ser descartado?

é possível falar-se de “alguma coisa”. Aquilo que denominamos “realidade” e “racionalidade” são seus produtos (CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 13). Sobre o imaginário social, é importante a leitura da REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre. v. 1. n. 4. 2006.

- 6 Esse assunto também será objeto de análise, porém sem abordar o dualismo procedimentalismo/substancialismo nos moldes expostos por Luiz Werneck Viana e outros autores na obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, na qual os autores traçam um paralelo entre as concepções de Habermas/Garapon do eixo procedimentalista e Cappelletti/Dworkin do eixo substancialista. Portanto, a judicialização da política será abordada sem a inserção nesse contexto que, por si só, daria vazão a uma tese de doutorado tal é a profundidade e a densidade do tema. Como a judicialização da Política é analisada aqui apenas como um dos aspectos/consequência da crise de jurisdição, ela será analisada sem tal recorte temático. Nesse sentido, ver: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; cunha, Manuel Palácios; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

1. O monopólio estatal da jurisdição e a crise: o surgimento de práticas diferenciadas e não estatais de tratamento de conflitos

Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o Direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do Direito positivo. Por conseguinte, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos⁷. No entanto, o monopólio da jurisdição deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são conseqüências. Além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta, a produção legislativa acontece de modo desenfreado⁸ e, como conseqüência, as faculdades discricionárias⁹ dos juízes.

- 7 Princípio da investidura, que corresponde à idéia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de Juiz; Princípio da aderência ao território, que limita a autoridade dos Juízes à extensão do território do Estado, e mais especificamente à sua jurisdição; Princípio da indelegabilidade que, previsto constitucionalmente, perfaz a garantia da não-delegação de funções pelos poderes estatais, inclusive do Judiciário. (art. 6º parágrafo único, CF); Princípio da inevitabilidade, que implica a sujeição das partes ao Estado-juiz, uma vez que sendo a jurisdição a emanação da soberania, depois de evocada, se impõe por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto de acatamento dos resultados do procedimento; Princípio da indeclinabilidade, segundo o qual a todos é garantido o acesso ao Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo pedir a solução de um conflito, o *non liquet*, implicaria negação à jurisdição; Princípio do juiz natural, pelo artigo 5º, XXXVII e LIII, da CF, ninguém pode ser julgado senão por um juiz com competência jurisdicional previamente definida pelas normas processuais e de organização judiciária, impedindo a criação de juízos de exceção; Princípio da inércia, implica que a jurisdição só agirá quando provocada – *ne procedat iudex ex officio*; Princípio da unidade da jurisdição, que exprime o seu caráter uno e indivisível (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).
- 8 Sobre o assunto é importante a leitura de MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004. p. 15 et seq.
- 9 Il potere discrezionale del giudice nella maggior parte dei casi si rivela un mistero sia per il pubblico in senso lato, sia per la comunità dei giuristi, per i professori di diritto e persino per i giudici stessi... Ogni studio della natura della discrezionalità del giudice deve iniziare da una definizione del termine, compito non certo facile, in quanto esso presenta più di

Porém, o Poder Judiciário já desenvolveu (e ainda desenvolve) diversas funções, desde a preservação da propriedade privada, o asseguramento dos direitos fundamentais, a garantia das liberdades públicas, até a proteção dos cidadãos contra os abusos estatais. No pós-guerra, em pleno Estado Social, foi instrumento de implementação dos direitos sociais através do reconhecimento de políticas públicas de propósitos compensatórios e distributivistas. Atualmente, vê a sua atividade comprometida e sem solução de continuidade diante de um novo e incerto cenário no qual o Estado perde a sua autonomia decisória, deixando de ser o posto central de poder do qual emanam comportamentos, escolhas e decisões¹⁰.

Conseqüentemente, a prática judicial de formas diferenciadas e não estatais de tratamento de conflitos criou um pluralismo de fontes de produção/ordens normativa constituídas à margem da jurisdição convencional operando com justiças não-profissionais baseadas em critérios de racionalidade material, deflagrando, no Judiciário, uma crise de identidade funcional¹¹. Além da crise de

un significato, che tra l'altro varia a seconda dei contesti... Discrezionalità per me significa il potere, conferito ad una persona dotata di autorità di scegliere tra due o più alternative, ciascuna legittima... Tale definizione ipotizza, naturalmente, che il giudice non agisca in modo meccanico, ma valuti la situazione, rifletta, tragga impressioni, verifichi e studi gli elementi del problema (BARAK, Aharon. *La discrezionalità del Giudice*. Giuristi stranieri di oggi. Tradizioni da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1995. p. 13-16).

- 10 Tal fato vem ilustrado pela substituição, gradativa, da política pelo mercado, ou seja, “por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir as fronteiras jurídicas e burocráticas, entre as nações, tornar os capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintos países, regiões e continentes e reduzir a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede, a transnacionalização dos mercados de bens, serviços e finanças levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social. (...). Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas, ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito positivo como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas (FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001. p. 08).
- 11 A crise funcional da jurisdição desemboca na desregulamentação e na deslegalização que nem mesmo no Legislativo encontram barreiras, uma vez que “quanto mais os legisladores tentam planejar, controlar, dirigir menos conseguem ser eficazes e obter resultados satisfatórios”. Assim, não resta ao Legislativo outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: “quanto menos tentarem disciplinar e intervir, menor será o risco de se-

identidade funcional, a crise do Poder Judiciário pode ser identificada, ainda, como uma crise de identidade e de eficiência. Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. Não se pode perder de vista, também, que o aparato judicial, para tratar os conflitos atuais, serve-se de instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida¹². Tal eficácia e alcance muitas vezes atingem somente os conflitos interindividuais, não extrapolando o domínio privado das partes, encontrando dificuldades quando instado a tratar de direitos coletivos ou difusos¹³.

Intimamente ligada à crise de identidade encontra-se a crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara,

rem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório”. A consequência é nefasta: parte significativa dos direitos nacionais vem sendo internacionalizada e outra parte esvaziada pelo crescimento de normas “privadas”. Desse modo, a desregulamentação e a deslegalização do Estado-nação significam a re-regulamentação e a relegalização em termos de sociedade, mais precisamente, das organizações privadas. (FARIA, op. cit., p. 11-12).

- 12 Nesse sentido, a crise do Judiciário também influencia e é influenciada pela crise do modelo (modo de produção de Direito) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc). Esse é o paradigma dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35).
- 13 Na presente discussão, não se pode deixar de mencionar a dicotomia entre justiça corretiva e distributiva, de origem aristotélica (que perpassa a obra de São Tomás de Aquino), assinalando sua presença constante na prática política das democracias liberais do século XX: “aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo de ‘acordo com o mérito de cada uma’...a espécie restante é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias. Esta forma do justo tem um caráter diferente da primeira, pois a justiça na distribuição dos bens públicos é sempre conforme a espécie de proporção mencionada acima (ARISTÓTELES. *Aristóteles, vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores). p. 199 et seq.). Partindo da obra de Aristóteles, é possível observar que a justiça distributiva se identifica, atualmente, mais com os anseios sociais, escapando à esfera do domínio privado das partes, enquanto que a justiça corretiva encontra-se especificamente ligada à possibilidade de receber reparação diante de um ato ofensivo, possuindo como escopo reabilitar o equilíbrio abalado mediante uma indenização ou infligindo uma punição ao culpado.

o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então, o “flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos”¹⁴. Esse descompasso entre a oferta e a procura gera uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais, quando não da sua simples negação aos segmentos desfavorecidos da população, que ainda precisam lidar com a diferença entre a singela concepção de justiça que possuem e a complexidade burocrático/formal dos ritos processuais¹⁵. A conjugação dessas duas circunstâncias acaba provocando o desprezo e o descrédito do cidadão comum pela justiça, afastando-o muitas vezes.

Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais¹⁶, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo), pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade

14 FARIA, José Eduardo. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11.

15 Por isso, uma das formas de possibilitar o acesso à justiça, aproximando o cidadão de seus ritos, passa pela necessidade dos “juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13).

16 Andiamo, dunque, con ordine, mettendoci nei panni del cittadino che entra in un palazzo o in un'aula di giustizia. La prima sensazione, in genere, è di avere a che fare con un sistema scarsamente comprensibile: con una macchina che gira per lo più vuoto (spesso provocando interminabili e incomprensibili perdite di tempo a chi ne è coinvolto), ma che può anche stritolare chi non sa – o non ha i mezzi per difendersi. Non è sempre così: ci sono isole felici in cui il primo impatto è positivo; e, in ogni caso, le difficoltà di accesso e di orientamento (anche sotto il profilo logistico o delle semplici informazioni) non preludono necessariamente a un *inter* processuale insoddisfacente. Ma, di regola, è questo l'inizio dell'avventura del cittadino (persona offesa o imputato, testimone o parte di un processo civile) che si affaccia in un tribunale. Ciò genera, inevitabilmente, un senso di approfonda inquietudine. Il passo verso la sfiducia non è automatico, ma certo a tale esito concorrono i tempi lunghi che il processo successivamente assume (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. 11-12).

de seu cumprimento¹⁷. O que verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos.

No mesmo contexto, a crise de eficiência da jurisdição é consequência de outros pontos de ruptura: primeiramente, uma crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infra-estrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de custos¹⁸; posteriormente, pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Ainda, a crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais¹⁹ de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também a mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal que já não atende – se

17 É interessante reforçar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação judicial), mas também nos seus aspectos qualitativos (por exemplo, o problema da discricionariedade judicial). O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão.

18 Esses custos podem ser traduzidos não só pelos valores despendidos nas custas processuais, nos honorários de perito ou advocatício, mas também por aqueles custos denominados diferidos que se refletem no prolongamento excessivo da demanda e que possuem maiores reflexos junto a camada hipossuficiente: “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma declaração exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ele aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 20).

19 Essa incapacidade é resultado de um positivismo/racionalista exacerbado que determina, por parte dos operadores jurídicos, um a visão do direito como uma ciência jurídica altamente sistemática e cartesiana, de onde se reconhece um grande “interese por las definiciones y las clasificaciones”. Tudo isso porque um “gran esfuerzo de erudición se ha encaminado hacia el desarrollo y clases que luego se enseñan de una manera más bien mecánica e acrítica. La pretensión de la ciencia jurídica en el sentido de que deriva conceptos y clases del estudio de los datos jurídicos por un lado, y por el otro, la naturaleza del proceso de educación jurídica generalmente autoritaria y acrítica, tienden a producir la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una definición no se ve como algo convencional, válido solo mientras es útil; se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 113).

é que algum dia atendeu – às respostas buscadas para os conflitos contemporâneos. Por fim, vem a crise paradigmática, que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*²⁰.

Permeada por todos estes pontos de ruptura, a crise de identidade aponta para outros três grandes problemas que, mesmo em menor escala, influenciam também a crise de eficiência e que podem, primeiramente, ser resumidos a uma desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal obsoleta e ultrapassada. Por outro lado, a legislação mais moderna²¹ (assim considerada porque editada a partir de concepções contemporâneas do Direito), aptas a lidar não só com conflitos individuais mas também coletivos, que envolvem questões de natureza distributiva ou social, esbarram numa cultura profissional dos operadores do Direito que sofre de um excessivo individualismo e formalismo. Esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas nem sempre consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo²².

20 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 79. Nesse sentido ver também BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 03 et seq.

21 No Brasil, poderíamos exemplificar citando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

22 FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001. p. 14-15.

Assim, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada à sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade em que se processam na esfera social. É nesse sentido que o Judiciário (enquanto sistema) depende do próprio reconhecimento do meio social quanto à sua eficiência, a qual é medida através da sua capacidade (em termos estruturais e temporais) de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo político²³. A dúvida que se instala é quanto ao futuro do Poder Judiciário: está ele propenso a desaparecer?

2. A fragilidade do papel jurisdicional do Estado: o Poder Judiciário é descartável?

A distância entre a função latente ou real do Judiciário e as demandas sociais gera o que, na concepção de Zaffaroni²⁴, se chamam “reclamações” e que se orientam em três aspectos: na concretização de demandas constantes no papel atribuído ao Judiciário, determinando quais delas são razoáveis e quais constituem escaramuças políticas de deslocamento de conflitos sem solução, ou seja, definir de modo não ingênuo os limites da sua função manifesta; depois, estabelecer os possíveis modelos de reformas estruturais, particularmente quanto ao organismo dirigente, à seleção e à distribuição orgânica, que permitam dotar de idoneidade o Judiciário para que possa cumprir com as suas funções manifestas, revertendo o que emocionalmente costuma se chamar de “crise do Judiciário”. Essas

23 BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001. p. 91.

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 3- 4.

reclamações são causa e conseqüência da crise e apontam, de modo contundente, para a situação de descrença e de descartabilidade na qual se encontra inserida a jurisdição.

É certo que o Poder Judiciário vem tentando agir e reagir de modo a neutralizar a crise que o assola, buscando meios de vencê-la. Mas seu futuro dependerá do seu comportamento frente a quatro importantes e polêmicas áreas de atuação: a primeira, conseqüência social da globalização econômica, especialmente quanto aos excluídos economicamente que perdem, progressivamente, as condições materiais para exercer seus direitos básicos, mas que nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação, principalmente a penal. A segunda diz respeito à relativização da soberania, com o advento da globalização econômica. Quanto mais cambiante se tornou o cenário, mais o Judiciário se transformava no centro das discussões políticas, assumindo papel de gestor de conflitos, o que incentiva suas dificuldades para decidir. Esse fenômeno foi batizado de “tribunalização” ou “judicialização da política”²⁵.

Num terceiro momento, se evidencia a importância que assume a certeza jurídica quanto ao tratamento de conflitos para o investidor estrangeiro que necessita de tribunais com eficiência e previsão, capazes de compensar, em termos econômicos e de segurança jurídica, a rejeição de outras formas de administração dos litígios. Assim, tribunais lentos, ineptos e, por conseguinte, caros, incapazes de fixar uma jurisprudência uniforme e tomar decisões previsíveis, acabam induzindo ao tratamento de conflitos extrajurisdicionais e gerando custos adicionais que são, inexoravelmente, transferidos no preço dos empréstimos por meio de taxas de risco. Por isso, a decisão de investir ou de liberar créditos tem relação com a segurança que os investidores internacionais sentem nos encaminhamentos e na resolução de eventuais problemas envolvendo seus recursos ou os tomadores de empréstimo. Finalmente, a quarta área de atuação diz respeito aos tradicionais problemas da justiça “corretiva” ou “re-

25 FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005. p. 41-42.

tributiva” e de acesso aos tribunais. Na tentativa de se transformar organizacionalmente, a justiça se “desoficializou” por meios de julgados de negociação e conciliação enquanto mecanismos alternativos de tratamento dos conflitos sociais²⁶.

Esses “mecanismos alternativos” (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias utilizadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto. Atualmente, ele se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, no qual um terceiro, neutro e imparcial, representado pelo Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito. Esse modelo é posto em xeque fazendo com que a possibilidade de repensar a jurisdição readquira consistência, partindo da idéia do consenso e da jurisconstrução²⁷, sem a intermediação de um terceiro entre as partes, conforme o modelo atual, de caráter triádico, no qual uma pessoa alheia intervém impondo uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito²⁸.

De fato, apesar das crises, o Judiciário ainda possui o papel de protagonista no tratamento de litígios, subordinando-se à lei e dela retirando a sua existência e a sua legitimidade. Por conseguinte, os vínculos jurídicos/estatais podem ser expostos através da análise da complexidade crescente das relações e das estruturas sociais e políticas, que tem por berço as especializações promovidas pela industrialização. Estas especializações estão cimentadas entre si de maneira ainda precária e a isto se chama integração social fraca. Por outro lado, a ambigüidade de tal complexidade deriva da hierarquização e sobretudo da divisão de classes. Ainda, a expansão de instrumentos de controle social de caráter não jurídico, dentre eles os de tecnologia, de controle informal e de meios de comunicação de

26 Ibidem, p. 43-44.

27 Sobre o tema é importante a leitura de BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, especialmente pgs. 105 e seguintes.

28 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 06-07.

massa, redundam na necessidade de reorganização da justiça que vai além do simples reaparelhamento estatal, passando pela participação popular na sua administração, na abertura do Judiciário, a formas legítimas e razoáveis de democratização, revendo o papel dos operadores do Direito.

Entretanto, não se pode falar do Poder Judiciário como uma instituição descartável. De fato, ele passa por uma crise que também é a crise do Estado e do Direito, mas não pode ser dispensado²⁹. Novas estratégias de atuação da função jurisdicional precisam ser criadas para que o cidadão volte a crer na justiça, existindo, para tanto, algumas razões importantes: a primeira é a de que uma sociedade complexa não pode dispensar um sistema de regras e, conseqüentemente, uma jurisdição que garanta o seu respeito ou sanção (nos casos de infração). Além disso, renunciar à justiça não é possível sob pena de uma outra vez se ver instalada a guerra de todos contra todos no mais típico estado de natureza. Frente às dificuldades de funcionamento do Judiciário, o que se pretende é diminuir a atuação do mesmo justamente visando autonomizar os cidadãos envolvidos na contenda a ponto de eles alcançarem o consenso “jurisconstruindo” o tratamento do conflito.

Na busca de tratamento da maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha podem vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. Entretanto, resolver o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem

29 A mesma crise que enfrenta o Direito e o Judiciário brasileiros é a crise que atravessam muitos países da Europa, dentre eles a Itália, e nem por isso o Judiciário lá, como aqui, tornou-se uma instituição descartável. Nesse sentido: Anzitutto, la situazione della giustizia civile italiana presenta un tasso di concentrazione delle controversie avanti al giudice ordinario assai superiore a quello degli altri paesi, anche dell'Europa continentale [...] Di altra natura sono i problemi connessi con la struttura burocratica dell'amministrazione della giustizia e col sistema di reclutamento dei magistrati. Detto in stretta sintesi, questo sistema si traduce nell'affidamento delle cause in primo grado prevalentemente a magistrati che si trovano nella fase iniziale della carriera, e quindi in età media intorno ai trenta-trentacinque anni, poiché il progredire nella carriera stessa significa il passaggio alle funzioni di giudice di appello prima e giudice di cassazione poi.[...] Non si tratta, ovviamente, di un problema di riguardi soltanto il giudizio di primo grado. Di autorevolezza manca la giustizia d'appello e manca – ciò che per aspetti è più grave – la giustizia di cassazione (DENTI, Vittorio. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987. p. 66-68).

perde³⁰. É nesse sentido a afirmativa de que, quando se vai ao juiz, se perde a face, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força³¹. Nesse sentido, discute-se o papel do juiz atual e as suas implicações político-interpretativas, conforme o que se poderá avistar adiante.

3. A transformação da função jurisdicional: a “cena”³² judiciária e a política como ator principal

A transformação da função jurisdicional do Estado tem início com as pressões centrífugas resultantes das inovações tecnológicas, dos novos paradigmas industriais, da transnacionalização dos mercados (e dos direitos) e da legislação dos direitos sociais (nascidos, principalmente, a partir do Estado Social de Direito). Tal fato se dá mediante a necessidade do Estado de superar os limites de suas funções tradicionais de proteção e de repressão para oferecer ao cidadão o controle social por meio da *promoção* de direitos que já não são apenas individuais, mas sociais. A proteção desses novos direi-

30 É nesse viés que Eligio Resta discute “la malattia del terzo” afirmando que “il sovrano nasce come il terzo che pacifichi i duellanti nella politica moderna; nel diritto la sapienza secolare del conflitto tra due contendenti affida tutto alle “parole” del giudice (dire il diritto è competenza e virtù che ne indicano il singolare potere). Non è l’unico modo di fermare il conflitto, ma è quello che il sistema sociale ha costruito (la parola è corretta) per dare risposta dentro se stesso al problema che sempre in se stesso si produceva” (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996. p. 333).

31 FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

32 Essa expressão foi utilizada para se referir ao Judiciário e ao conjunto de seus procedimentos por Antoine Garapon: “A justiça, efetivamente, é antes de tudo uma *cena*. Tão longe quanto vai nossa memória, vemo-la associada a um espaço circunscrito, atemporal, a um debate e à figura de um terceiro. Esta cena oferece um reservatório inesgotável de imagens e de sentidos, no qual uma democracia representa-se nos dois sentidos do termo, o de se compreender e o de se colocar em cena. Os processos circunscrevem novos compromissos, colocam problemas sociais, tornam visíveis categorias da população, abraçam esperanças, apontam os inimigos e fixam a angústia”. É na representação desse mesmo sentido que a expressão é utilizada na denominação do presente subitem (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48).

tos requer a ação estatal no sentido de financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, promovendo, ao final, programas sociais que têm por fundamento esses direitos e as expectativas por eles legitimadas. As dificuldades se apresentam frente a um Poder Judiciário de estrutura fortemente hierarquizada, orientada por uma lógica legal-racional e obrigada por uma rígida e linear submissão à lei. Instala-se o desafio no sentido de alargar os horizontes da jurisdição para, modernizando suas estruturas e seus procedimentos (administrativos e funcionais), lidar com os novos direitos, *promovendo-os*, objetivando sobreviver como um poder autônomo e independente.

Assim, a crise do Estado, cujos reflexos atingem o Judiciário, evidencia a falta de respostas plausíveis, por parte das instituições estatais, frente às expectativas geradas não só pela criação de novos direitos, mas também perante a realidade econômica e social na qual os conflitos estão inseridos. A exigência de uma ação estatal prolongada no tempo, que se oriente pelo presente e pelo futuro, diversa daquela até então realizada (cujo viés principal era o passado), promove a indeterminação e a indefinição geradoras da incerteza, aproximando o tempo do Estado ao tempo do mercado³³.

A indeterminação e a indefinição, que enfraquecem a certeza jurídica (pressuposto basilar do Estado Liberal), repercutem nas relações entre os poderes, uma vez que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exige o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”³⁴.

33 Esse descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar do “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena a um direito doutrinário, afastado da realidade. A inflação de leis que nem sempre têm conteúdo normativo e a manipulação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do decréscimo da regra – lei descartável não é lei respeitada – e um risco de “quebra” jurídica (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 40).

34 VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

O papel de “legislador” atribuído ao Judiciário dá início a um processo que atualmente é chamado de “judicialização da política”. Para outros, faz parte de um “ativismo judicial”, cuja causa é a expansão do poder judicial tanto em países centrais, como periféricos, motivada pelo fenômeno de normatização de direitos (especialmente aqueles de natureza difusa ou coletiva), das transições pós-autoritárias e da edição de constituições democráticas (cuja preocupação presente é o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o ministério público), das investigações voltadas para a elucidação de casos de corrupção a envolver a classe política, das discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional (Tribunal Internacional Penal, por exemplo), e, finalmente, da emergência de discursos acadêmicos e doutrinários vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática³⁵.

Conforme Antonie Garapon, o cerne da evolução que determina a migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo se encontra na desnacionalização do Direito e na exaustão da soberania parlamentar. A judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. A justiça, aliás, tem fornecido à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc. O juiz – e a constelação de representações que gravita à sua volta – proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a uma nova ética da deliberação coletiva. Isso explica por que o Estado se desfez de algumas de suas prerrogativas sobre instâncias quase jurisdicionais, como o são as autoridades administrativas independentes. Por que essas questões seriam mais bem apreciadas por quase-jurisdições do que pelo próprio Estado? Talvez porque, sendo hoje uma instância neutra e imparcial, a transparência e a regularidade processual parecem, então, mais legítimas que o exer-

35 Nesse sentido, ver: GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus, 1999. CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 18.

cício solitário de uma vontade política... A justiça passa a encarnar, assim, o espaço público neutro, o Direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado³⁶.

No entanto, não se pode discutir a judicialização da política³⁷ sem mencionar a teoria da colaboração/separação de funções, lembrando que ela foi elaborada justamente com o objetivo de evitar abuso de poder por parte daquele que o detivesse de modo absoluto³⁸.

36 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48.

37 Aqui, é importante que se faça a distinção entre as expressões “judicialização da política” e “politização do Judiciário”. A primeira diz respeito à judicialização da política e das relações sociais através da concepção do Poder Judiciário como mais um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião de valores fundamentais (VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 11). Ainda, como bem esclarece Ferrari: “In sintesi, nel generale clima di delegittimazione e di incertezza del diritto, la lotta politica si svolge ancora, soprattutto, sul piano dell’azione giudiziaria” (FERRARI, Vincenzo. *Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano*. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237). No segundo caso, a propalada “politização do Judiciário” significa, para Zaffaroni, a gradual aproximação entre o político e o judicial, salientando que, para alguns, essa proximidade significa arbitrariedade, porque o juiz se afasta, decididamente, da solução normativa e decide conforme sua própria solução política. No entanto, chama a atenção para o fato de que não é possível “politizar” o exercício de um poder público que já é essencialmente político, mas será possível “partidarizá-lo” ou, o que dá no mesmo, “parcializá-lo”, com o que se lhe subtrai a jurisdição porque se lhe priva do pressuposto da imparcialidade. Submeter juizes às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica, de qualquer grupo de poder, importa, definitivamente, cancelar sua “jurisdição” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 95).

Nesse contexto, importa salientar que será abordado no presente texto apenas a “judicialização da política”, uma vez que a discussão sobre a “politização ou partidarização do Judiciário” não diz respeito ao objeto principal do mesmo.

38 La divisione dei poteri non risponde però solo all’esigenza di assicurare che il potere sia ripartito tra centri diversi per composizione sociale... il principio viene adottato con particolare rigore come metodo per frenare il potere e obbligare ogni organo ad agire ricercando l’assenso dell’altro... Che la divisione dei poteri sia una strutture portanti dello stato di diritto è fuori discussione. Ma il suo significato attuale ha perso ogni legame con l’obiettivo originale, con l’esigenza di smembrare il Leviatano... e ripartire l’incontrollabile potenza tra soggetti diversi per estrazione sociale e titolo di legittimazione... Allo Stato, oggi, si chiede semmai di potenziare le sue prestazioni, sia quelle più antiche, legate alla sicurezza dei cittadini e dei loro beni (la sicurezza del traffico automobilistico o dei prodotti alimentari, modernizzazione dei vecchi compiti), sia quelle più recenti, legate allo Stato sociale. Ma l’efficienza dello Stato nel produrre prestazioni mal si concilia con la divisione dei poteri e chiede, piuttosto il loro coordinamento (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 17 e 69).

Assim, a colaboração de funções determinava que o poder distribuído entre órgãos estatais significava a capacidade de se autogerir de forma autônoma com relação aos demais, não existindo nenhuma vedação à possibilidade de controles recíprocos, nem mesmo a compartimentalização de tais poderes apontando para a hipótese de “três governos”. Por isso, resta impropriamente utilizada a expressão “divisão de poderes”. Entretanto, esquecendo que a intenção era apenas evitar a concentração de poder, pontencializa-se essa concentração com respeito ao Judiciário mediante negação de que seja um “poder”³⁹, preferindo-se falar de função judiciária, postulando-se a substituição de sua denominação por “serviço judiciário”, e ainda por outra de “administração da justiça”. Mas se o Judiciário é ou não um poder, isso sempre dependerá do que se entenda por “poder”⁴⁰.

Desse modo, discutindo as tarefas específicas do Poder Judiciário, avista-se o controle constitucional, o autogoverno e aquela (mais conhecida) que diz respeito ao tratamento de conflitos. Essa última se avulta cotidianamente, sendo acrescida qualitativa e quantitativamente por causa de um fenômeno atualmente chamado de “explosão de litigiosidade”, e que determina muito mais do que uma

39 O Judiciário é ou não um poder? Se nos colocarmos do ponto de vista estritamente jurídico, pode haver alguns embaraços: o Judiciário é subordinado apenas à lei, costuma-se dizer. Se fixamos a idéia de que a soberania pertence ao povo e é exercida por seus representantes, surge a figura do parlamento como órgão da soberania. O Judiciário, não sendo composto de representantes do povo, mas de funcionários sujeitos à lei (e não aos eleitores), não participaria, propriamente do poder soberano do Estado. A França, que deu ao mundo o gênio Montesquieu, o pensador por ontomáquia da tripartição dos poderes do Estado, deu-nos também um modelo de Estado fundado sobre a soberania da representação popular, no qual o Judiciário não é um *poder*, mas um corpo de funcionários especiais, sem soberania. De qualquer modo, o Judiciário é um órgão do Estado, e não um órgão acima do Estado, embora possa às vezes parecer acima dos outros poderes (LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do judiciário. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça*. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 124).

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 83-84. Por isso, o autor refere que utiliza, indistintamente, as expressões “Judiciário” e “Poder Judiciário”. Na presente tese, se acatará o posicionamento do autor: “continuaremos assim falando de ‘judiciário’ e de ‘poder judiciário’, basicamente por duas razões: primeiramente, porque é a denominação mais tradicional; a segunda, porque freqüentemente se tem tentado substituir essa denominação, com clara intenção de debilitar a sua independência e subtrair-lhe poder, justificando de maneira solapada, entre outras coisas, a indevida assunção de funções judiciárias por parte de órgãos administrativos”.

simples ampliação objetiva das funções judiciais com o aumento do poder da interpretação, mas também a crescente disposição para litigar, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. “Acompanha essa evolução uma representação de justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”⁴¹.

Ocorre então o que contemporaneamente se denomina de “invasão da política e da sociedade pelo direito”⁴², tornando-se perceptível que as instituições jurídicas e o Poder Judiciário foram chamados para ocupar um vazio provocado pelo desmantelamento dos vínculos sociais contemporâneos e pela atuação do Estado Social, o qual suprimiu as possibilidades de participação política, esgotando e determinando o declínio da cidadania ativa. Assim, a libido da sociedade se desloca da chefia do aparato Executivo para a cúpula do Judiciário, e a Justiça, função estatal, aparece como “instituição” social que decide acerca do real emprego dos recursos psíquicos de força por parte do Estado. Desse modo, o Poder Judiciário se agiganta e o juiz e a lei tornam-se derradeiras referências de esperança para indivíduos excluídos ou socialmente perdidos. Resta entorpecida a capacidade democrática da sociedade, o que aumenta o desprestígio da política e das alternativas democráticas de produção e aplicação do direito⁴³.

41 MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58, nov., 2000, frequência quadrimestral. p. 185.

42 Esse fenômeno de invasão da política e da sociedade pelo direito é avistado em vários países, inclusive europeus, assim: Il conflitto di cui ho cercato di descrivere [...], rappresenta qualcosa di fundamentalmente nuovo nella vita politica italiana, giacché come ho accennato sopra, sino all'inizio degli anni ottanta, potere politico e potere giudiziario, seppure protagonisti di ricorrenti polemiche, hanno sempre trovato in passato la via di un *appeasement* soddisfacente per tutte le parti. Non solo, ma il tema della giustizia, per decenni relegato nelle pieghe secondarie dell'arena politica e trattato soltanto da alcune minoranze di ispirazione liberal-radical, è diventato centrale nella politica italiana. (FERRARI, Vicenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 221-239, passim).

43 A valorização do Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao arruinamento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*, fazendo com que esse poder e suas instituições passem a ser percebidos como salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social (VIANNA, Luiz Verneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 25).

Por conseguinte, em torno do Judiciário vem se criando uma inovadora arena pública⁴⁴, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem espaço aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos a um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do Direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o *tempo passado*, no qual a lei geral e abstrata embasa seu fundamento, no *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo⁴⁵.

Conseqüentemente, o espaço simbólico da democracia migra do Estado executor para a justiça⁴⁶. Essa afirmativa pode ser embasada no fato de que, num sistema provedor, o Estado é visto como o todo poderoso e pode tudo suprir. Todavia, diante das falhas estatais, a esperança se volta para a justiça, na qual se passa a buscar a consagração política. Nesse momento, o juiz ganha papel de destaque como o terceiro imparcial que compensa o “déficit democrático”, emprestando à sociedade “referência simbólica que a repre-

44 In queste condizioni, con una maggioranza politica in disarmo accelerato e una crescente onda di malcontento pubblico in settori sempre più vasti della società italiana, è comprensibile che la magistratura abbia potuto muoversi con maggiore agilità che in passato, senza incontrare resistenze e anzi, per lungo tempo, godendo di un fortissimo favore da parte della pubblica opinione. Nauseati dall'autorappresentazione sempre più celebrativa e narcisistica dei vertici politici, molti settori della pubblica opinione sostituiscono d'improvviso politici, molti settori del potere partitico con quelli della giustizia e della Legge (FERRARI, Vincenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 221-239, passim).

45 VIANNA, op. cit., p. 22-23.

46 Alla base di questa espansione del potere giudiziario possono essere individuati fattori di varia natura: fra i suoi normali prerequisiti vengono abitualmente annoverati la dinamica dell'ordinamento democratico, il rafforzarsi dell'indipendenza della magistratura, il diffondersi di una cultura dei diritti, la rivoluzione delle aspettative crescenti; fra gli elementi patologici, e nondimeno assai influenti, la corruzione delle opposizioni, delle classi politiche, l'inefficienza dei governi, la debolezza delle opposizioni, che costringono la magistratura a svolgere un ruolo di supplenza. (PORTINARO, Pier Paolo. Oltre Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 393).

sentença nacional lhe oferece cada vez menos”. Logo, “o comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando *super-partes*”⁴⁷.

Da mesma forma, o individualismo moderno⁴⁸ oferece terreno fértil para a afirmação do protagonismo do Judiciário que, diante da ausência de laços sociais, de uma identidade social e de um conflito central, se torna o depósito dos restos de uma convivência nada amena permeada por vinganças e perseguições. O resultado é que, diante da desarticulação social, o Judiciário se transforma no guardião das promessas de modernidade⁴⁹.

Tais fatos põem em relevo a crescente jurisdicionalização dos conflitos e o papel exercido especialmente pelos magistrados que, nessas situações, se tornam a “boca da lei”⁵⁰, reproduzindo o que determina a norma legal, cumprindo o papel que lhes é delegado pelo Estado soberano e sentenciando sobre a contenda. Nesse contexto, um Poder Judiciário chamado a decidir sobre tudo poderá ocultar grandes irresponsabilidades⁵¹. A jurisdição passou a receber uma conflitualidade crescente, o que trouxe ineficiência, chamada,

47 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 58.

48 O individualismo é, na concepção de Zygmunt Bauman, “a corrosão e a lenta desintegração da cidadania”, antes que se encontre destroçada a “capacidade de decisão conjunta”. Essa corrosão alcança o espaço público, de modo que gradativamente ele se vê colonizado pelo privado e o “interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos melhor)”. Por fim, “as questões públicas que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 46).

49 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48 et seq.

50 O berço da concepção do Poder Judiciário como mero aplicador da lei possui raízes muito profundas, voltadas ainda para a determinação de tarefas por parte dos três poderes instituídos por John Locke e depois por Charles-Louis de Secondat Montesquieu, em que cada um deveria exercer seu papel sem qualquer tipo de interferência nas atribuições dos demais. Assim, as funções do Estado estão divididas de forma clássica em Legislativo, Executivo e Judiciário.

51 Sobre a responsabilidade dos juízes, é importante a leitura de CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

em sentido técnico, de explosão de litigiosidade, cujas causas não foram analisadas com profundidade. O maior entrave é a atenção sempre mais voltada para a constante reforma das normas, e nunca às causas do litígio.

Nestes termos, a dúvida se instala: “não será a justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”⁵² De fato, cria-se a expectativa de que o Judiciário funcione como uma instância moral, atuando como um terceiro neutro e imparcial, auxiliando as partes na solução dos conflitos por meio de uma decisão imparcial e objetiva. Então, o magistrado passa a ter papel central, como um ser excepcional. Mas como se pode explicar esse fato? Por que a luta política agora se volta sob a plano da ação judiciária? A resposta a tais indagações toma por base, primeiramente, o fato de que um sistema normativo incerto, ideológica e eticamente plural, transforma o juiz no intérprete direto do conflito social. Assim, leis com redação mal construída, com conteúdo demasiadamente nebuloso e impreciso, dão origem a um Direito extremamente flexível, mas pouco confiável e de pouca efetividade. Por conseguinte, o trabalho mal feito dos legisladores “atribui-se indiretamente a quell’interprete autorizzato che è il giudice un ruolo non trascurabile nella riscrittura della legge”⁵³. Num segundo momento, não se pode esquecer que o Direito e a administração da justiça fazem parte do mesmo simbolismo mediático. A falência do primeiro levará o segunda consigo em favor de meios mais imediatos e persuasivos de controle disciplinar.

Desse modo, um Direito em crise, fraco e complexo perde invariavelmente a sua eficácia, o que causa desconfiança por parte do cidadãos. Essa ineficácia do Direito e essa flexibilidade por vezes exagerada agiganta a importância conferida ao juiz, transformando-o em um “terzo potere” situado “fra il popolo e i suoi rappresentanti”. O certo é que essa onipresença da jurisdição se traduz numa certa

52 MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. Nº 58, nov/2000, frequência quadrimestral. p. 187.

53 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e sovranità nazionale in Francia. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3 ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 304.

patologia social e numa crise também política⁵⁴. Assim sendo, o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado da modernidade. A justiça moderna não pode ser tolhida completamente de seus traços políticos, uma vez que se faz necessário reconhecer, cada vez mais, que o Poder Judiciário atualmente já não exerce todas/somente as funções que anteriormente lhe eram definidas/delimitadas, inclusive assumindo funções de co-legislador diante da realidade social existente.

Nessa mesma esteira, não se pode perder de vista que a passagem de um Direito garantido – pelo Estado, como uma espécie de aliança entre ele e seus sujeitos – para um juiz fundador de uma comunidade política não se faz sozinha. Enquanto que, na concepção clássica, o juiz é sujeito da lei e só exerce seu direito de julgar através dela, ele tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do Direito⁵⁵. Em nome de que pode o juiz pretender ser instituidor? Assim, quando a justiça era somente o braço armado do poder político ou dos costumes, dela só se esperava uma consagração: moralizar a repressão ou sancionar os costumes. Quando todos os sistemas de valores capitulam, quando o mundo comum se desagrega, quando o Estado se faz mais modesto, é para ela que nos voltamos, buscando corrigir essas faltas. Não se deduzindo mais dos grandes sistemas de sentido, como as

54 Ibidem, p. 306.

55 Esta evolução no papel desempenhado pelo juiz vem assim delineada por Guido Alpa: Il giudice mero esecutore: uno solerte funzionario dello Stato, ligio alle leggi, portatore dei valori ufficiali, cauto esaminatore delle disposizioni, privo di vocazioni creative, solido conservatore, tendenzialmente ottuso. È il giudice “bouche de la loi”. Le sue operazioni debbono essere limitate e meccaniche: accertare i fatti, individuare le disposizioni a cui essi si possono far risalire, trarne le conseguenze. Già il giudice scopritore del diritto deve porsi alla ricerca della disposizione applicabile alla fattispecie: prendere atto che gli stessi fatti possono farsi risalire a più disposizioni, che le disposizioni, per loro natura, sono astratte e generali, che il legislatore non ha prefigurato tutte le circostanze possibili sulle quali esprimere il suo dettato, che spesso le disposizioni sono contraddittorie oppure laconiche oppure riduttive, e quindi che la ricerca del diritto, ottenuta scavando nel magma del diritto, comporta operazioni dirette a comporre le antinomie, a complementare le lacune e ad estendere o a restringere il dettato normativo, e così via. Finalmente, il cerchio si chiude con il giudice *legislatore*, il quale, non avendo ritrovato nel tessuto normativo la disposizione da applicare al caso di specie, e dovendo comunque provvedere, ravvisa la necessità di creare ad hoc la disposizione che fa difetto (ALPA, Guido. *Larte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996. p. 3-4).

ideologias, não podendo mais apoiar-se na força do Estado nem na aplicação quase mecânica da lei positiva, a questão do que é justo é colocada de uma nova maneira. O Direito não é mais o instrumento de conservação social, porém de sua contestação: ele se coloca, então, como a fonte de uma sociedade que se constitui na busca de si mesma⁵⁶.

Assim, resta a constatação de que o imaginário social, especialmente nos seus setores mais pobres e desprotegidos, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vem procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania⁵⁷. Nestes termos, o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É nela, então, e, portanto, fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A disposição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos⁵⁸.

Nesse sentido, constata-se que a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo Direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem na qual são formuladas as reivindicações políticas. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante. Nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece. O debate judici-

56 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 50.

57 VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 42-43.

58 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 47-48.

ário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um engajamento mais solitário do que solidário. Com essa forma mais direta de democracia, o cidadão tem a impressão de melhor controlar sua representação. A solução para uma reivindicação não depende mais, num tribunal, da relação de força entre duas entidades políticas – um sindicato e o governo, por exemplo – mas da pugnacidade de um indivíduo que, sozinho, pode dobrar um Estado, ficando os dois, ficticiamente, em pé de igualdade⁵⁹.

Conseqüentemente, a justiça torna-se objeto de uma súbita inversão de tendências: de secundária, ela se torna de repente prioritária. O direito era apenas moral das relações frias, comerciais ou políticas; ele tende agora a tornar-se o princípio de toda relação social. Outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma, agora, em uma oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. A exceção torna-se regra, e o processo, de instrumento de tratamento de conflitos, se transforma no modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração⁶⁰. Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora e traz no seu rastro a transformação do papel desempenhado pelo juiz que assume a posição de “guardião da democracia”. Porém, a própria cultura jurídica atual, e seu paradigma liberal-individualista-normativista, dificulta não só a decisão judicial democrática, como a sua efetividade.

Referências bibliográficas

ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

ARISTÓTELES. *Aristóteles, vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).

59 Ibidem p. 48-49.

60 Ibidem, p. 49.

- BARAK, Aharon. *La discrezionalità del Giudice*. Giuristi stranieri di oggi. Tradizioni da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1995.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003.
- DENTI, Vittorio. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005.

_____. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

_____. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001.

FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

FERRARI, Vincenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus, 1999.

LAQUIÈZE, Alain. État de droit e sovranità nazionale in Francia. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3 ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 304.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do judiciário. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58, nov., 2000, frequência quadrimestral.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004.

MERRYMANN, John Henry. *La tradición juridical romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

PORTINARO, Pier Paolo. Oltre Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre. v. 1. n. 4. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

Recebido em: abril de 2011

Aprovado em: junho de 2011

O DESAFIO DA SUSTENTABILIDADE URBANA

THE CHALLENGE OF URBAN SUSTENTABILITY

*Daniela Gomes**
*Neuro José Zambam***

Resumo: Pretende-se, através deste artigo, abordar o tema da sustentabilidade urbana e dos desafios atribuídos aos gestores públicos e aos cidadãos no que se refere ao desenvolvimento urbano sustentável. Para tanto, busca-se analisar as origens do desenvolvimento sustentável no mundo e no Brasil, bem como, avaliar a democracia enquanto valor fundamental para a sustentabilidade. Pretende-se demonstrar também que a efetivação da sustentabilidade urbana implica no reconhecimento do direito-dever fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conferidos constitucionalmente aos representantes do poder público e aos cidadãos. Nesse contexto, ressalta-se, que a origem do termo “cidades sustentáveis” está ligada ao surgimento do Estatuto da Cidade, da preocupação com a crescente expansão urbana e da preocupação com

* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pesquisadora do grupo de pesquisa do CNPq “A justiça e a pólis: análise interdisciplinar do conceito de justiça a partir de um estudo do Estatuto da Cidade” e Coordenadora do Grupo de Estudos “A funcionalização socioambiental da propriedade urbana: uma análise a partir das diretrizes e dos instrumentos do Estatuto da Cidade” da IMED. Professora dos Cursos de Graduação em Direito e de Graduação de Tecnologia em Gestão Pública da IMED. Advogada. Contato: <<http://danielagomes.imed.edu.br>>; E-mail: <danielagomes@imed.edu.br>.

** Doutor em Filosofia pela PUCRS. Mestre em Filosofia pela Unisinos. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Os fundamentos e desafios do multiculturalismo nas sociedades contemporâneas, especialmente no espaço urbano. Professor dos Cursos de Graduação em Direito e Administração da IMED. E-mail: <neurojose@hotmail.com>.

planejamento urbano. Finalmente, busca-se verificar que a concretização da sustentabilidade urbana depende da participação pública do cidadão, uma vez que este, perante a legislação brasileira, é o principal responsável pela implementação de significativas mudanças no seu espaço de vida.

Palavras-chave: Democracia; Estatuto da Cidade; Sustentabilidade urbana.

Abstract: It is intended, with this article, to approach the theme of urban sustainability and the challenges attributed to public managers and citizens considering sustainable urban development. The purpose was to analyze the origins of the sustainable development in the world and in Brazil, also to evaluate democracy as a fundamental value to sustainability. The intention is to show, as well, that the materialization of urban sustainability has to do with the recognition of the fundamental right-duty to an ecologically well-balanced environment, constitutionally conceded to the ones who represent public power and to the citizens. In this context, it is enhanced that the origin of the term “sustainable cities” is connected to the appearance of the City Statute, to the concern with urban growing expansion and with urban planning. Finally, the search to verify that the implementation of urban sustainability depends on the citizen public participation, taking into account that according the Brazilian Legislation, it is the principal responsible into implementing and making changes in his span of life.

Keywords: Democracy; City Statute; Urban sustainability.

Introdução

O tema do desenvolvimento urbano sustentável ou da sustentabilidade urbana passou a destacar-se na agenda dos municípios brasileiros em virtude da regulamentação dos dispositivos constitucionais da política urbana (artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988) através da Lei n. 10.257 de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, propiciando uma progressiva atenção ao meio ambiente artificial por parte dos gestores públicos e dos cidadãos, objetivando a construção de cidades sustentáveis.

Nas últimas décadas, os meios de comunicação passaram a veicular notícias a respeito do aquecimento global, aumento do nível de água nos oceanos, escassez de água potável, chuva ácida, poluição do ar, do solo e dos oceanos, gestão de resíduos e lixo urbano, esgotos a céu aberto, grandes enchentes, entre outros. Todas essas questões são reflexos do impacto das ações humanas sobre o ambiente, colocando a proteção ambiental como problema de repercussão global. Frente a isso, torna-se evidente que a aplicação dos princípios do desenvolvimento sustentável se impõe, principalmente, no ambiente urbano.

De outro modo, em função das complexas demandas sociais que vem se estabelecendo no cenário urbano, é importante destacar que em um espaço cada vez mais urbanizado, tornam-se indispensáveis a instituição e a implementação de políticas públicas voltadas para a sustentabilidade urbana. Assim sendo, busca-se abordar neste artigo os desafios impostos aos gestores públicos e aos cidadãos no enfrentamento das demandas urbano-ambientais e na busca pela sustentabilidade urbana. De tal forma, objetiva-se na primeira parte do artigo evidenciar as origens do desenvolvimento sustentável no mundo e no Brasil para, em seguida, avaliar a democracia enquanto valor fundamental para a sustentabilidade. Por conseguinte, o desenvolvimento sustentável é analisado enquanto direito-dever fundamental do poder público e dos cidadãos, passando-se a conotar no cidadão o papel de principal responsável pela concretização da sustentabilidade urbana.

1. Origens do desenvolvimento sustentável no mundo e no Brasil

O desenvolvimento sustentável é tema recente, tem origem nas transformações da ordem internacional e, principalmente, na emergência do movimento ambientalista global. Com a intensificação dos problemas socioambientais globais, a preocupação com o meio ambiente aflorou na década de 1960 com a revolução ambiental estadunidense, expandindo-se para o Canadá, Europa Ocidental, Japão, Nova Zelândia e Austrália na década de 1970 e atingindo a América Latina, a Europa Oriental, a União Soviética, o Sul e o Leste da Ásia na década de 1980.¹ Assim, o ambientalismo, surgido como um movimento reduzido de pessoas preocupadas com o meio ambiente, transformou-se em um movimento multissetorial.

É importante referir que, no início da década de 1970, o ambientalismo contava com dois posicionamentos: a minoria catastrofista e a maioria gradualista. A minoria catastrofista (noticiada pelo relatório “Os limites de Crescimento”, elaborado para o Clube de Roma) acreditava ser necessário parar de imediato o crescimento econômico e populacional. Por sua vez, a maioria gradualista (evidenciada com a declaração da Conferência de Estocolmo em 1972) defendia a necessidade do estabelecimento de mecanismos de proteção ambiental voltados à reversão da dinâmica demográfica e populacional, visando a corrigir ou, pelo menos, atenuar os problemas ocasionados pelo desenvolvimento econômico.²

De outro modo, com a consolidação do ambientalismo como movimento internacional, ao final da década de 1980, passam a se distinguir duas posições relacionadas à política: uma minoritária e outra majoritária. A posição minoritária não assume características

1 FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para a cidade sustentável*. 2. ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2001, p. 26.

2 VIOLA, Eduardo J.; LEIS, Hector R. A evolução das políticas ambientais no Brasil, 1971-1991: do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável. In: HOGAN, Daniel Joseph; VIEIRA, Paulo Freire (Orgs.). *Dilemas socioambientais e desenvolvimento sustentável*. 2.ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1995, p. 76.

de dimensão política, apenas enfatiza a necessidade de atitudes éticas e espirituais de tendência biocêntrica. Já a posição majoritária admite uma dimensão política, subdividindo-se em duas outras posições: uma minoritária radical, considerando a necessidade de disseminação de valores ecológicos e a redistribuição do poder político e econômico; e outra majoritária reformista, defendendo a urgência na adoção de um modelo de desenvolvimento centrado na sustentabilidade social e ambiental, assim como a necessidade de incentivo ao planejamento familiar.³

Frente às particularidades do cenário ambientalista internacional, o conceito de desenvolvimento sustentável passa a ocupar posição central, sobretudo após a publicação do relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1987 (“Nosso Futuro Comum”, também conhecido como Relatório “Brundtland”). Em face disso, o debate dos anos 70, separando as questões ambientais do tema do desenvolvimento, é substituído pela preocupação em atingir um desenvolvimento sustentável, buscando harmonizar desenvolvimento econômico e proteção ambiental.

No Brasil, os primeiros antecedentes do ambientalismo remontam ao ano de 1958, em razão da criação da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza. Entretanto, o processo de criação do ambientalismo brasileiro se dá efetivamente na década de 1970, quando começam a aflorar propostas de preservação ambiental por parte do Estado e da sociedade civil, estruturando um movimento bissetorial constituído por associações ambientalistas e agências estatais de meio ambiente.⁴ Na década de 1980, com a disseminação da preocupação ambiental, o ambientalismo brasileiro transforma-se em um movimento multissetorial.

Cabe ressaltar ainda, que o ano de 1990 foi importante para a definição da problemática ambiental brasileira. Com a decisão de sediar a Conferência das Nações Unidas sobre Meio ambiente e De-

3 Ibidem, p. 77.

4 VIOLA, Eduardo J.; LEIS, Hector R. A evolução das políticas ambientais no Brasil, 1971-1991: do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável. In: HOGAN, Daniel Joseph; VIEIRA, Paulo Freire (Orgs.). *Dilemas socioambientais e desenvolvimento sustentável*. 2. ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1995, p. 81-82.

envolvimento (CNUMAD – 92), houve uma mudança qualitativa nos debates ambientais, não se falando mais em proteção ambiental e desenvolvimento econômico dissociados. Alterou-se o eixo do debate para o enfoque de um novo estilo de desenvolvimento, permeado pela proteção ambiental.

Essa nova relação “sociedade - meio ambiente” foi expressa, mesmo que de forma parcial, na Resolução 44/228, de 22 de dezembro de 1989, na Assembléia Geral das Nações Unidas, quando convocada a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992. Assim, com a ECO 92, como ficou conhecida, o desenvolvimento sustentável foi adotado na Declaração do Rio⁵ e na Agenda 21⁶ como objetivo a ser alcançado. De tal forma, superou-se o antagonismo entre desenvolvimento socioeconômico e proteção ao meio ambiente. A propósito, cabe referir que a Agenda 21 destaca ainda, como indispensáveis ao desenvolvimento sustentável, o estabelecimento de novos padrões de consumo, alinhando-se ao exposto no Princípio 8 da Declaração do Rio.⁷

Desse modo, a Agenda 21 global, como um projeto audacioso pautado em um pacto ético, prevê a elaboração e a implementação de Agenda 21 nacional e de Agenda 21 local pelos países signatários. A versão brasileira da Agenda 21 nacional representa um processo e um instrumento de planejamento participativo para o desenvolvimento sustentável. A construção da Agenda 21 brasileira iniciou em 1996 e foi finalizada em 2002, sendo que a partir de 2003 entrou em fase de implementação. De outro lado, a agenda 21 local representa

5 Princípio 4: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”. Declaração do Rio. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2007.

6 No preâmbulo da Agenda 21 consta: “A humanidade se encontra em um momento de definição histórica. Defrontamos-nos com a perpetuação das disparidades existentes entre as nações e no interior delas, o agravamento da pobreza, da fome, das doenças e do analfabetismo, e com a deterioração contínua dos ecossistemas de que depende nosso bem-estar. Não obstante, caso se integrem as preocupações relativas a meio ambiente e desenvolvimento e a elas se dedique mais atenção, será possível satisfazer às necessidades básicas, elevar o nível da vida de todos, obter ecossistemas melhor protegidos e gerenciados e construir um futuro mais próspero e seguro. São metas que nação alguma pode atingir sozinha; juntos, porém, podemos - em uma associação mundial em prol do desenvolvimento sustentável”. Agenda 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2007.

7 Princípio 8: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas”. Declaração do Rio. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2007.

a criação e a implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável. Com a Agenda 21 local há o reconhecimento da importância dos municípios na concretização de políticas públicas uma vez que as estratégias de sustentabilidade se evidenciam mais eficientes quando concebidas com o apoio da população e elaboradas de acordo com as demandas da sociedade local.

Nesse sentido, sendo estabelecida a Agenda 21 local pelos municípios, elaborada e aplicada a legislação municipal de parcelamento do solo urbano e implementadas as diretrizes do Estatuto da Cidade através do Plano Diretor municipal, a probabilidade de concretização de uma cidade efetivamente sustentável aumenta consideravelmente, principalmente quando o município passa a utilizar-se dos instrumentos de indução ao desenvolvimento urbano previstos no Estatuto da Cidade. Em outras palavras, quando o município, contando com a participação dos cidadãos na gestão da cidade, utiliza-se dos instrumentos coercitivos para o cumprimento da função socioambiental da propriedade urbana, quando aplica os instrumentos de regularização fundiária e os instrumentos urbanísticos, bem como respeita e fiscaliza o cumprimento da legislação ambiental federal, estadual e municipal, pode-se realmente alcançar uma cidade sustentável.

2. A democracia enquanto valor fundamental para a sustentabilidade

A organização equitativa de uma sociedade supõe que os seus dirigentes tenham a capacidade, os instrumentos e a sensibilidade necessários para compreender e administrar os inúmeros interesses presentes no seu interior,⁸ que representam as aspirações individuais de cada cidadão, a sua formação cultural, as necessidades econômicas,

8 As diferenças de compreensões que caracteriza e desafia uma boa organização da convivência humana e o gerenciamento dos conflitos e demandas nas sociedades contemporâneas foi sintetizada por John Rawls, (2000, p. 45) quando propôs sua Teoria da Justiça: "A cultura política de uma sociedade democrática é sempre marcada pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis".

as deficiências e limitações físicas, geográficas e de relacionamento, entre outras. Da mesma forma no conjunto de suas manifestações estão presentes as potencialidades, planos, e capacidades que expressam o dinamismo e vigor de uma comunidade. Ao contrário do meio rural, onde as relações são mais lineares e homogêneas, que por muitos anos dominou o cenário brasileiro, o espaço urbano é essencialmente um lugar privilegiado da expressão da pluralidade humana, social e cultural.

O acelerado processo de globalização que caracteriza as relações nas sociedades contemporâneas possui como uma de suas marcas a manifestação das diferenças que constituem a dinâmica das relações humanas e sociais, assim como, ali estão explícitas as desigualdades que desafiam a construção das condições de justiça. Desse contexto emergem inúmeros desafios que podem ser sintetizados nas seguintes questões: Quais são as condições para que uma sociedade seja considerada justa? Qual o sistema político capaz de ordenar equitativamente uma sociedade marcada pelo pluralismo?

A democracia adquiriu ao longo da história a qualificação de melhor sistema de governo e administração social, com as condições de gerir a composição, os interesses e as demandas presentes na estrutura de relações sociais. A democracia tem mecanismos e instrumentos para que as pessoas exerçam o direito à liberdade, tenham diversas formas de representação, reivindicação e solução dos seus anseios e uma rede de instituições que, de forma equilibrada, zele pela estabilidade política e garanta a diminuição das desigualdades econômicas e sociais.

As orientações sobre as formas de organização e administração das cidades brasileiras, especialmente, representadas pela Carta Magna e pelo o Estatuto da Cidade são um indicativo evidente e promissor da maturidade democrática e do aprimoramento dos instrumentos de participação e expressão da vontade da sociedade organizada segundo os ideais da democracia. Disso também se pode concluir: “uma cidade sustentável é uma sociedade democrática”.

É importante perceber que as respostas do Estado aos dilemas urbanos, particularmente quando se fala sobre a falta de planejamento da estrutura física e das questões ambientais, são consequen-

ência das mobilizações de grupos organizados e do crescimento das instâncias de participação democráticas construídas no Brasil nos últimos 50 anos. Especialmente o artigo 4º do Estatuto da Cidade é uma clara expressão do que uma sociedade entende por instrumentos que são eficazes para a garantia da sustentabilidade urbana numa democracia social. É preciso perceber a sua disposição e compreender o necessário processo que os dinamiza. Inicialmente, é necessário ressaltar a necessidade de planejamento nos principais níveis da administração pública - federal, regional, estadual e municipal - que garante um processo de permanente integração e construção de respostas às demandas suscitadas pela população, pelas instituições e pelos órgãos públicos. As garantias de sustentabilidade passam por um rigoroso processo de integração e planejamento cuja estruturação formal deve manifestar o dinamismo que existe no interior da sociedade e a seriedade das opções políticas que motivam os responsáveis pela sua proposição, organização e execução. A burocracia não pode servir como instrumento de construção de falsos argumentos ou ocultação de interesses com requintados recursos de retórica, especificamente da linguagem jurídica.

Em relação à administração municipal, no Estatuto da Cidade, existe uma responsabilidade política e moral da maior grandeza para que, a partir do espaço onde as pessoas sentem o pulsar das limitações, ameaças e perspectivas para viver dignamente, a administração pública estruture as suas políticas de gerenciamento com o objetivo de tornar a ordem democrática próxima e o exercício do poder acessível ao maior número de pessoas possível. Nesse sentido, o consagrado critério da maioria precisa superar uma avaliação numérica tendo como ideal a totalidade.

A cidade, a *pólis*, é o espaço privilegiado da democracia e do direito. No Brasil é preciso construir uma relação dinâmica de participação e controle da administração municipal com o objetivo de integrar os cidadãos num processo transparente de tomada de decisões e de responsabilidade pública. As convicções democráticas, isto é, sua razão pública, precisa ser partilhada pelos habitantes de uma cidade. Tal objetivo é alcançado na medida em que as estruturas políticas, legais e administrativas o permitem, especialmente, através

do exercício da participação. A democracia tem condições de alargar progressivamente espaços de decisão e influência para os seus cidadãos. Fomentar instrumentos de participação pública não pode ser interpretado como uma bandeira idealista ou de ingenuidade política, mas como uma condição de cidadania para os habitantes e a concretização da nobre característica de um cidadão que vive em um Estado Democrático de Direito, qual seja, “sujeito de direito”.

O Estatuto da Cidade orienta com clareza a necessidade de participação para a execução da política urbana, expresso no artigo 2º, II: “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”.

Essa é uma concepção política pautada pela fundamentação nos direitos fundamentais que têm proeminência sobre os deveres. Um conjunto de direitos supõe as condições e a capacidade dos cidadãos de responder cumprindo os seus deveres e a responsabilidade pública das associações, instituições e do Estado que tem a obrigação de garantir as condições para alcançar esses objetivos. Segundo Amartya Sen, “os direitos políticos e civis, especialmente os relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas.”⁹ O debate público está entre os temas privilegiados que se relacionam com as escolhas e as formas de participação indispensáveis para a evolução da democracia. Por isso o município é um espaço privilegiado para tal objetivo, assim como, para as garantias de justiça.

A democracia é essencialmente um sistema de cooperação. A operacionalização dessa característica supõe a necessidade de exercer constantemente a tolerância como um valor substantivo para a convivência humana em geral e, especificamente, para a administração da vida urbana. As diferenças precisam ser administradas e ordenadas segundo critérios que espelham o conjunto de interesses e objetivos de uma sociedade. Não se pode esquecer que essa formação multifacetada é principalmente de pessoas que precisam ser

9 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 180.

reconhecidas na sua formação familiar, religiosa, social e cultural. Por isso o exercício do poder tem uma ampla rede de referências formais, isto é a legislação em vigor que tem legitimidade porque obedeceu a liturgia da democracia e, outras que questionam, desafiam e obrigam o exercício do diálogo concomitante à firmeza nos procedimentos que garantem a execução das metas assim construídas.

A ação do Estado e do mercado, que muitas vezes são avaliadas como áreas incompatíveis e auto-excludentes, nas democracias mais evoluídas são ordenados de forma cooperativa. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade compreende esta relação como uma das dimensões fundamentais para o desenvolvimento sustentável do espaço urbano, insculpido no artigo 2º, III: “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social”.

A submissão da atuação governamental ao interesse social é uma compreensão que dinamiza a ação daqueles que têm responsabilidade na gestão pública no sentido de ultrapassar os interesses restritos à filiação partidária ou seus apoiadores, tanto quanto, propõe uma mudança na escolha dos objetivos, interesses e métodos do mercado. Ambos, cujo agir é fundamental para o desenvolvimento sustentável do espaço urbano, têm sua prática avaliada e justificada pela capacidade de atender ao interesse social. A divergência de interesses, não raras vezes incompatíveis, nos conduz à conclusão que a construção da sustentabilidade supõe o Estado forte juntamente com o mercado atuante. Essa é uma tensão que dinamiza e aprimora a democracia.

A maturidade de uma democracia é percebida pela clareza com que responde aos desafios presentes no interior de uma sociedade e pela capacidade de evoluir e avaliar permanentemente a sua prática. Propor instrumentos aprimorados de gestão do espaço urbano é fundamental, entretanto, a eficácia da dinâmica democrática tem sentido na medida em que possibilita que as decisões sejam partilhadas pelo público como sujeito social principal, que no Estatuto da Cidade é contemplado pelo incentivo ao referendo popular e ao plebiscito como meios privilegiados de participação. As ações públicas sustentáveis precisam utilizar esses mecanismos de participação como indicativos singulares para avaliação dos seus compromissos.

3. O desenvolvimento sustentável enquanto direito: dever fundamental

Seguindo o desenvolvimento da temática da sustentabilidade urbana incumbe destacar que a análise interpretativa do disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 permite afirmar que a proteção do meio ambiente, em todas as suas manifestações (ambiente natural, artificial, cultural, entre outros), além de um direito fundamental de o homem usufruir um meio ambiente saudável, é também um dever essencial.¹⁰ Intrinsecamente vinculado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, existe um dever fundamental, que se caracteriza pela obrigação incumbida ao Poder Público e a cada um dos indivíduos partícipes da sociedade.

Para José Casalta Nabais, o tema dos deveres fundamentais constitui um dos mais esquecidos da doutrina contemporânea. Pode-se dizer que se priorizou a liberdade individual em detrimento da responsabilidade comunitária. Apesar disso, comenta ele, que na medida em que os direitos fundamentais deixam de ser apenas os clássicos direitos de liberdade para se constituírem também em direitos de participação política, direitos (a prestações) sociais e direitos ecológicos, passam a exprimir exigências do indivíduo face ao Estado, alargando a esfera jurídica do cidadão e, por outro lado, também limitando essa mesma esfera através de deveres que lhes andam associados ou coligados.¹¹

Dessa forma, os deveres fundamentais “são deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição jurídica fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”.¹² Caracterizam-se por não se traduzirem em meras situações de inércia, ao contrário, os deveres fundamentais

10 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *A proteção ambiental diante da necessária formação de uma nova concepção de um Estado democraticamente ambiental*. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 2, p. 201.

11 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 49-50.

12 *Ibidem*, p. 64-65.

são situações ativas, já que implicam um comportamento positivo dos seus titulares. Assim, os deveres fundamentais constituem posições universais e permanentes, ou seja, de um lado, são encargos ou sacrifícios para a comunidade, que valem relativamente a todos os indivíduos e não apenas a alguns deles. De outro, os deveres fundamentais também se configuram como posições duradouras (característica da irrenunciabilidade). Por fim, são posições essenciais, do mais elevado significado para a comunidade.¹³

Todos os deveres fundamentais são, em certo sentido, deveres para com a comunidade. Estão diretamente a serviço da realização de valores assumidos pela coletividade. A defesa do meio ambiente, nesse cenário, constitui-se como um dever fundamental de conteúdo econômico, social ou cultural. Entretanto, não é apenas um dever decorrente do convívio em sociedade, que se pauta na solidariedade. O dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vai mais além, é um dever ético, que deve se pautar também na fraternidade.

Nesse sentido, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que no espaço urbano é buscado através do desenvolvimento urbano sustentável, é para o homem um direito - dever fundamental. Não há direitos sem deveres, nem deveres sem direitos, “porque não há garantia jurídica ou fáctica dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão, indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade [...]”¹⁴ Cabe lembrar que o dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não representa apenas um dever negativo, ou seja, um dever de abstenção, por meio de comportamento passivo (não degradar, não poluir, não desmatar). Acima disso, é um dever positivo, que implica comportamento ativo por parte do cidadão (arborizar as cidades, cumprir com a função socioambiental da propriedade urbana, separar o lixo doméstico, utilizar racionalmente a água potável, atentar ao consumo sustentável de bens e serviços, dentre outros) e se traduz na necessidade de se visualizar o gênero humano como parte da natureza.

13 Ibidem, p. 67-73.

14 Ibidem, p. 118-119.

4. Cidades sustentáveis

O termo “cidade sustentável” surgiu logo após a difusão do princípio do desenvolvimento sustentável, na década de 1970. Foi nessa época que se pôde perceber a degradação da qualidade de vida, principalmente no espaço urbano, causada pelo consumo exacerbado de recursos naturais. Entretanto, o conceito de cidade sustentável somente apareceu no cenário internacional a partir da década de 1990, tendo papel relevante para o desenvolvimento do conceito a promoção de conferências do Habitat promovidas pela Organização das Nações Unidas nos anos de 1976 (Habitat I – Vancouver, Canadá), 1996 (Habitat II – Istambul, Turquia) e 2001 (Istambul+5 - Nova Iorque, EUA).¹⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de cidade sustentável surgiu com o Estatuto da Cidade, que prevê, no art. 2º, inciso I, o que vem a ser uma cidade sustentável: “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”¹⁶

Desse conceito legal, entende-se que o termo cidade sustentável não significa somente a conservação e a recuperação dos recursos naturais, mas, sobretudo, a promoção de um planejamento territorial adequado às particularidades de cada município e a justa distribuição dos ônus e dos benefícios do processo de urbanização. No entanto, não basta a forma como a lei tentou conceituar o que seja a sustentabilidade da cidade, eis que, atualmente, a construção de comunidades sustentáveis tem sido um dos maiores desafios.

15 A conferência Habitat I, foi concomitante à criação do Centro das Nações Unidas para os Estabelecimentos Humanos, em Nairobi, no Quênia. Em seqüência, a conferência Habitat II possibilitou a produção de dois documentos internacionais: a Declaração de Istambul (sobre os Estabelecimentos Humanos) e a Agenda Habitat. SILVA, José Antônio Tietzmann e. As perspectivas das cidades sustentáveis: entre a teoria e a prática. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 1, n. 43, p. 133-176, jul./set. 2006, p. 140-141.

16 BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de jul. 2001. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 set. 2007.

Em verdade, conforme leciona Fritjof Capra, as definições de sustentabilidade são “conselhos” morais, que advertem sobre a responsabilidade de propiciar às futuras gerações um mundo com tantas oportunidades, tais quais existem hoje. Lembra ele, que a sustentabilidade está ligada ao movimento da ecologia profunda, uma vez que não se separa o homem do ambiente como objeto isolado, mas sim, visualiza-se o mundo como uma rede de fenômenos interligados, no qual o homem é apenas um dos filamentos da teia da vida. Nessa nova forma de perceber as interconexões, desenvolve-se um pensamento sistêmico, em que as cidades, embora figurem como ecossistemas diferenciados dos ecossistemas naturais, são também um sistema vivo e interligado, fazendo parte do todo.¹⁷

A crise urbana pode ter ido longe demais para que se possa voltar. Contudo, a construção de uma sociedade sustentável pode ser uma alternativa viável no presente e no futuro. Mas para que as cidades se tornem sustentáveis, necessita-se, por primeiro, despertar para novos valores. Nesse sentido, pode-se destacar enquanto forte aliado e importante elemento estratégico de fomento desse processo de implementação local de cidades sustentáveis a participação da sociedade e a necessária estruturação do poder local atrelado a iniciativas governamentais pautadas em estratégias socioambientais. A abertura do espaço público para a participação da sociedade faz os cidadãos fortalecerem o sentimento de pertencimento e de responsabilidade na gestão do seu ambiente de vida.

5. O cidadão como principal responsável pela sustentabilidade urbana

Cada cidadão que participa da dinâmica de estruturação de uma comunidade, nela encontra o seu espaço de realização e as condições de convivência com os demais. Se uma cidade está desorga-

17 CAPRA, Fritjof. Alfabetização ecológica: o desafio para a educação do século 21. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio ambiente no século 21*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 19-22.

nizada ou não oferece as condições necessárias para que as pessoas desenvolvam suas potencialidades, explicitem sua identidade e se relacionem com os demais, toda a sua organização e funcionamento perde a sua importância, a atuação dos seus dirigentes não tem sentido e sua estrutura legal carece de legitimidade. As pessoas, nesse contexto, têm suas características mais elementares comprometidas com interesses que lhe são estranhos e sua influência social dependente de outros que têm o poder de decisão ancorado nos recursos econômicos ou na influência política.

As sociedades democráticas contemporâneas entendem a pessoa a partir da afirmação “sujeito de direito”. Essa é uma característica que indica a sua importância para o ordenamento social. O cidadão, pessoa, como primeiro responsável pela cidade onde vive tem direito de agir de forma autônoma e influenciar na organização do espaço urbano na condição de sujeito ativo, seja pela sua condição humana ou pela responsabilidade que possui em relação aos demais, à natureza e às futuras gerações.

A condição de agente é uma compreensão que não está limitada às condições de bem-estar ou à satisfação de interesses corporativos, mas relacionada com a busca da realização dos objetivos que são importantes para uma pessoa.¹⁸ O ideal de sustentabilidade urbana, integrado com a reflexão construída nas últimas décadas, os desafios destacados pelo debate internacional e pelas pesquisas científicas e, especificamente, representados no Estatuto da Cidade, tem na responsabilidade individual um indicativo privilegiado. Entretanto, a atuação na condição de agente entende a disposição de cada cidadão para uma ação integrada com os demais tendo como meta a construção de soluções conjuntas e sistêmicas. A vida urbana onde as relações são mais próximas e as ações individuais têm repercussão coletiva imediata, necessita que as pessoas desenvolvam a capacidade de agir em benefício da coletividade. O consagrado princípio da ação moral: “o bem comum está acima da vontade individual” adquire um sentido dinâmico e de orientação do agir que condiciona a avaliação da ação humana à coletividade e o desenvolvimento da capacidade de colocar-se no lugar do outro. Da mesma

18 SEN, Amartya. Desigualdade reexaminada. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 103.

forma retorna, nesse contexto, o critério do benefício social, isto é, toda a coletividade é beneficiada. Por outro lado, a comunidade, em outras vezes, pode até ser prejudicada, pela atuação individualista do conjunto dos seus membros.

A exploração predatória dos bens naturais, o desrespeito para com a geografia, a adulteração das relações econômicas e a desconsideração das futuras gerações, entre outras situações, simbolizam a perda do sentido da responsabilidade humana e a sua instrumentalização. O empobrecimento do conceito de pessoa tem inúmeras consequências, entre outras: a fragilidade das relações de amizade, respeito e admiração; o enfraquecimento dos vínculos familiares e sociais, a seleção de pessoas segundo critérios políticos, econômicos ou culturais; a perda da sensibilidade para com o outro – especialmente os pobres, doentes e as pessoas com deficiências e a utilização da natureza e seus recursos como meios para alcançar os fins imediatos.

Esse é um contexto que retrata o que tradicionalmente se entendeu sobre a vocação humana. O homem, responsável primeiro pelo progresso da sociedade, tinha a responsabilidade de imprimir um ritmo de produção de tal forma eficiente que garantisse o progresso econômico de um país. Para alcançar tal objetivo é necessário dispor dos bens naturais, das instituições e dos órgãos públicos, especialmente através das políticas de financiamento e do aparato legal, para facilitar a busca dos objetivos propostos. Quanto maior a produção de bens e a modernização tecnológica, melhor seria o desenvolvimento de uma comunidade. Essa é uma mentalidade que dominou o processo de industrialização do Brasil da década de 50 até os anos 90.

O Estatuto da Cidade rompe com esta lógica redimensionando o conceito de pessoa, agora como sujeito de direito e integrada com os demais, as instituições, o meio ambiente e numa relação de responsabilidade com as futuras gerações. As relações têm como marca a capacidade de cooperação, ao invés de dominação de um senhor absoluto sobre os demais que a sua vontade precisam se adaptar.

O capítulo IV da Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) é representativo dessa nova concepção quando elege o modelo de gestão para as cidades brasileiras. Sob a orientação do título: “Da gestão

democrática da cidade”, oferece instrumentos importantes para que as pessoas no exercício de sua vocação democrática e cidadã e, de forma organizada, manifestem a sua vontade e os seus interesses e busquem a efetivação dos seus direitos.

A participação pública, mediada por associações, iniciativas populares, assembleias, conferências e outros representam a identidade dos cidadãos sujeitos do espaço público e da sua realização individual. A opção por uma estruturação democrática das cidades tem condições de gerar uma dinâmica de organização e funcionamento que aprimora os valores da tolerância, participação, cooperação e co-responsabilidade. Certamente não foi por acaso que as referências ao interesse social e à democracia estão dispostas no primeiro capítulo e antes das disposições gerais. Do que se pode concluir: o Estatuto da Cidade está intrinsecamente comprometido com a democracia e com cidadãos que participando ativamente dos destinos da cidade, paulatinamente, constroem uma convivência justa e equitativa, atualização do objetivo genuíno na política na antiga *pólis grega*.

Conclusão

Não se pretendeu, com esse artigo, abordar todos os aspectos do tema do desenvolvimento urbano sustentável, tampouco dos desafios dos gestores públicos e dos cidadãos na busca pela sustentabilidade urbana. Apenas se almejou instigar um olhar diferenciado para a relação entre sustentabilidade, direitos e deveres constitucionais e democracia. Dessa forma, várias são as conclusões extraídas deste trabalho.

Em relação às origens do desenvolvimento sustentável, restou evidente que este é um tema recente, que teve sua origem nas transformações da ordem global diante da emergência do movimento ambientalista, uma vez que com a intensificação dos problemas socioambientais globais a preocupação com o meio am-

biente deixou de ser localizada para expandir-se para vários países, tornando-se um movimento multissetorial. Por conseguinte, observou-se que no Brasil os primeiros antecedentes do ambientalismo remontam ao ano de 1985, em razão da criação da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza, tornando-se um processo mais intenso a partir da articulação do Estado e da Sociedade Civil na definição da problemática ambiental brasileira e da adoção de um novo estilo de desenvolvimento.

No que diz respeito ao valor fundamental da democracia, ressaltou-se que a organização de uma sociedade complexa supõe que os seus dirigentes tenham a capacidade, os instrumentos e a sensibilidade necessários para compreender e administrar os inúmeros interesses presentes no seu interior, que representam as aspirações individuais de cada cidadão. De outro modo, destacou-se que a democracia adquiriu ao longo da história a qualificação de melhor sistema de governo e administração social, com as condições de gerir a composição, os interesses e as demandas presentes na estrutura de relações sociais, ou seja, apresenta mecanismos e instrumentos para que as pessoas exerçam o direito à liberdade, tenham diversas formas de representação, reivindicação e solução dos seus anseios e uma rede de instituições que, de forma equilibrada, zele pela estabilidade política e garanta a diminuição das desigualdades econômicas e sociais.

Assim sendo, enfatizou-se que, para uma cidade ser considerada sustentável a sociedade deve ser democrática e participativa. Ademais, frisou-se que há a necessidade da construção de uma dinâmica eficiente de participação e controle da administração municipal para que se consiga integrar os cidadãos num processo transparente de tomada de decisões. Em outros termos, a maturidade de uma democracia é percebida pela clareza com que responde aos desafios presentes na sociedade e pela capacidade de evoluir e avaliar permanentemente a sua prática.

No que tange ao desenvolvimento sustentável enquanto direito-dever fundamental destacou-se que a análise interpretativa do caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 permite afirmar que a proteção do meio ambiente, em todas as suas manifestações

(ambiente natural, artificial, cultural, entre outros), além de um direito fundamental de o homem usufruir um meio ambiente saudável, é também um dever essencial. Vinculado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, existe um dever fundamental, que se caracteriza pela obrigação atribuída ao Poder Público e a cada um dos indivíduos partícipes da sociedade. Constatou-se ainda, que o dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dever ético, que deve se pautar na fraternidade e na solidariedade enquanto premissas da vida em sociedade.

Por fim, diante de uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, considerou-se o cidadão como o principal responsável pela efetividade da sustentabilidade urbana. Ou seja, a partir do momento em que as sociedades democráticas contemporâneas entendem a pessoa a partir da afirmação “sujeito de direito”, este passa a ser o primeiro responsável pela cidade onde vive, tendo o direito-dever de agir de forma autônoma e influenciar na organização do espaço urbano na condição de sujeito ativo, seja pela sua condição humana ou pela responsabilidade que possui em relação aos demais, à natureza e às futuras gerações. Contudo, a atuação na condição de agente pressupõe a disposição de cada cidadão para uma ação integrada com os demais tendo como meta a construção de soluções conjuntas e sistêmicas. A vida urbana onde as relações são mais próximas e as ações individuais têm repercussão coletiva imediata, necessita que as pessoas desenvolvam a capacidade de agir em benefício da coletividade.

Referências bibliográficas

AGENDA 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2007.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de jul. 2001. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 set. 2007.

CAPRA, Fritjof. Alfabetização ecológica: o desafio para a educação do século 21. In: TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio ambiente no século 21*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

DECLARAÇÃO DO RIO. Disponível em: <http://www.mma.gov.br>. Acesso em: 11 set. 2007.

FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para a cidade sustentável*. 2. ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2001.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. A proteção ambiental diante da necessária formação de uma nova concepção de um estado democraticamente ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, v. 2.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Antônio Tietzmann. As perspectivas das cidades sustentáveis: entre a teoria e a prática. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 1, n. 43, p. 133-176, jul./set. 2006, p. 140-141.

VIOLA, Eduardo J.; LEIS, Hector R. A evolução das políticas ambientais no Brasil, 1971-1991: do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável. In: HOGAN, Daniel Joseph; VIEIRA, Paulo Freire (Orgs.). *Dilemas socioambientais e desenvolvimento sustentável*. 2. ed. Campinas: UNICAMP, 1995.

Recebido em: abril de 2011

Aprovado em: junho de 2011

O CONCEITO DE EDUCAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NAS ELEIÇÕES ESCOLARES*

THE CONCEPT OF EDUCATION, FREEDOM OF EXPRESSION AND PARTICIPATION IN THE COMMUNITY SCHOOL ELECTIONS

*Janriê Rodrigues Reck***

*Júlia Helfer Thier****

*Luiza Cristina Moraes*****

Resumo: Este ensaio busca explorar as relações entre Direito Educacional, liberdade de expressão e o direito de eleger o diretor de escola pública. O problema é: a educação, como aparece na Constituição, está conectada com a liberdade de expressão e com os parâmetros democráticos da república brasileira? Isto implica na hipótese de que o administrador escolar deve ser eleito – uma interpretação que é contrária a feita pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo é analisar o conceito de educação, a liberdade de expressão e o a eleição do diretor escolar. O tema é socialmente relevante, uma vez que a Constituição normatiza o ambiente escolar como democrático. A matriz teórica será a pragmática-sistêmica e a metodologia será monográfica.

Palavras-chave: Direito educativo; liberdade de expressão; direito de eleição de diretores.

* Artigo resultante de pesquisa realizada no contexto do projeto de pesquisa “Observação pragmático-sistêmica dos serviços públicos de educação”, executado no programa de pós-graduação, mestrado e doutorado, da Universidade de Santa Cruz Do Sul- UNISC, linha de pesquisa constitucionalismo contemporâneo.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação e da Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito, da Universidade de Santa Cruz do Sul.

*** Bolsista do programa CNPq, Ensino Médio. Aluna da escola Ernesto Alves de Oliveira.

**** Bolsista do programa CNPq, Ensino Médio. Aluna da escola Ernesto Alves de Oliveira.

Abstract: This essay aims to explore the relations between educational law, freedom of speech and the right to elect public school manager. The problem: is the education as it appears in the Brazil's Constitution is linked to the freedom of speech, and to the democratic foundations of the republic? That implies that the public school manager should be elected – an interpretation that is contrary to the one made by the Brazil's Supreme Court. The objective is to analyze the concept of education, the freedom of speech and the public school manager election. The theme is socially relevant, once the constitution establish the democratic system to the school environment. The theoretical grounding will be the pragmatic-systemic and the methodology will be monographic.

Key words: Educational Law; freedom of speech; right do elect public school manager.

Introdução

Este artigo tem por intenção apresentar o conceito de educação e, ato contínuo, a liberdade de expressão e avaliar a posição da jurisprudência em relação à eleição de diretores nas escolas públicas. Pretende-se discutir até onde o Executivo, no caso, os governadores e os prefeitos tem o poder de escolher os diretores, uma vez que estão afastados da realidade escolar, e como a liberdade de expressão pode ajudar em boas escolhas na comunidade escolar. O tema delimita-se temporalmente na experiência contemporânea sobre eleições de escola. Com relação à delimitação disciplinar, este trabalho transita entre o direito constitucional, administrativo, e educacional, uma vez que as relações entre democracia e escola abrangem todas estas disciplinas. Espacialmente, o trabalho estará resumido à experiência brasileira sobre eleições em escolas.

O problema que orienta as reflexões deste trabalho é o seguinte: Quais as relações entre educação e liberdade de expressão? A obrigatoriedade de estabelecimento de eleição de diretores nas escolas públicas, por lei estadual ou municipal para o seu respectivo sistema de ensino, é constitucional ou inconstitucional? E qual a posição da jurisprudência sobre o assunto? Os tribunais atuaram conforme a Constituição?

São várias as hipóteses. A primeira é a de Constituição impõe um modelo de educação que implica em liberdade de expressão. Outra hipótese é a de que o estabelecimento da obrigatoriedade para eleições em escola pública, via lei estadual ou municipal para os seus respectivos sistemas de ensino, é constitucional. O Supremo Tribunal Federal, contudo, entende que não, ou seja, que leis que obrigam a eleição em escolas são inconstitucionais, uma vez que seria direito do chefe do Executivo escolher os diretores. Entende-se que o STF errou em seu julgamento, pois a comunidade escolar está mais próxima, enquanto que o governo que está mais distante da realidade escolar.

Justifica-se socialmente o tema diante da importância da liberdade que os cidadãos devem ter para escolher a política da escola, bem como a clareza da Constituição ao estabelecer que aquela é um espaço democrático. Interessa à sociedade, deste modo, mais democracia na escola. Cientificamente, o tema é relevante por duas razões: uma está relacionada ao evidente erro de julgamento do STF, o qual deve ser exposto a público e refutado; outra razão relevante reside na quase total ausência de trabalhos científicos sobre o tema. Pessoalmente, o tema justifica-se dada a vivência da autora em escolas públicas.

O objetivo geral deste trabalho é observar se a Constituição garante a eleição de diretores, bem como o sentido constitucional do direito à democracia nas escolas. São objetivos específicos: descrever a concepção de Democracia presente na Constituição Federal de 1988, compreender como esta concepção democrática articula-se na escola, verificar o que as leis ordinárias dispõem sobre a matéria, a posição da jurisprudência, e, finalmente, fundamentar a incorreção da posição do STF.

Este trabalho está conectado com o projeto de pesquisa “Observação Pragmático-Sistêmica dos Serviços Públicos de Educação”. Vincula-se também à linha de pesquisa do programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, intitulada Constitucionalismo Contemporâneo.

Este trabalho será executado utilizando-se basicamente de referências bibliográficas. Além disso, será buscada a posição da jurisprudência nos sistemas de consulta.

Em um primeiro momento será abordado o Direito à educação. Em um segundo momento, a normatividade constitucional sobre o tema, para finalmente chegar-se ao entendimento do STF sobre o tema e concluir-se o trabalho.

1. Direito à educação

Muito se fala em educação no Brasil. Especialmente do Direito à educação. A “educação” seria a solução para todos os males do país, e, se os governos investissem mais, automaticamente tudo estaria resolvido. Do modo como o assunto é geralmente exposto na mídia, absolutamente todas as concepções de educação são permitidas, e todos os modos de realização deste direito também, por que simplesmente não há maior preocupação com o sentido que esta palavra adquiriu para os brasileiros.

Quando se fala em direito à educação, é necessário antes saber que se trata de um signo (WARAT, 1995) – uma palavra, uma informação – que, como qualquer outra, permite diversos enlaces com diversas situações. Afinal de contas, é isto que permite que com um número finito de palavras se designe um número infinito de novas situações. É necessário, deste modo, se se quiser falar de esforços institucionalizados da comunidade em determinada direção, reduzir um pouco a quantidade de possibilidades de sentidos possíveis para a palavra “educação”, e isto é possível a partir da leitura conjun-

ta das decisões fundamentais da comunidade (Constituição Federal e demais leis) com as expectativas sociais do momento, dentre outras referências (NAFARRATE, 2004).

Assim, é necessário buscar o conteúdo do direito à educação. Fica mais fácil visualizar o conteúdo do Direito à educação se se pensar o que é educação afinal de contas, bem como quais são os comportamentos que se espera para que se chegue no objetivo da educação. Assim, educação, para a Constituição, é um esforço no sentido de competências formativas, isto é, de contribuir na construção de uma personalidade dotada de determinadas estruturas aptas a pensar a mundo, e não meramente memorizá-lo. Estas estruturas aparecem em uma ordem de prioridade na Constituição Federal. Esta ordem de prioridades materializa-se, em um primeiro momento, na necessidade de “desenvolvimento da pessoa”, “preparação para a cidadania” e “formação para o trabalho”. A ordem de competências prevista na Constituição não é meramente retórica, e abrange a que o poder público, e quem por ele (escolas privadas e comunitárias) sigam a ordem de preferência constitucional, uma vez que fora posta por decisão. Em poucas palavras, desenvolvimento da pessoa humana significa a formação de estruturas (LUHMANN, 1983) que lhe ajudem tanto na formação da identidade própria, enquanto ser autônomo, quanto sua identidade enquanto ser-em-comunidade. Em segundo lugar, vem a formação de capacidades de intervenção política do educando, isto é, capacidades de entender os sistemas de geração de decisão comunitárias e os mecanismos de intervenção destas. Finalmente, após isto tudo, vem a preparação para o trabalho. Note-se, portanto, que as instituições de ensino (todas: escolas de ensino básico, técnicas, de ensino superior) devem primeiro se preocupar com a pessoa do educando, suas condições políticas, para só então concentrar-se nos aspectos técnicos do ensino. De fato, de que adianta seres que dominam conteúdos técnicos, mas são incapazes de pensarem autonomamente e se relacionarem em comunidade?

Este é o estado almejado do direito à educação. Mas, enfim, e quais são os comportamentos esperados para que exista este estado almejado?

Em primeiro lugar, é necessário pensar de quem se espera estes comportamentos. A Constituição é clara no sentido de que se trata de um dever geral, sem destinatário específico. Trata-se tanto da sociedade civil, do indivíduo e do Estado. Entretanto, tal figura constitucional deve ser vista com certa relatividade, uma vez que o direito à educação materializa-se de diferentes formas, de modo que certas formas de materialização do direito acabam recaindo mais sobre o poder público que à sociedade civil e ao indivíduo.

O direito à educação será materializado, em um primeiro momento, através de uma postura omissiva tanto do poder público quanto do cidadão. Ele implica em um direito da comunidade de que não existam processos contrários ao da educação como prevista na Constituição (por exemplo, programas de TV que impeçam a boa formação da personalidade, ou currículos excessivamente técnicos). Um outro modo de realizar o direito à educação será através do direito que a comunidade tem de que se editem normas. Ou seja, é necessário usar o aparato legal do Estado para regulamentar padrões mínimos de qualidade, criminalizar condutas e organizar os sistemas administrativos de ensino. O poder de polícia do poder público, ao fiscalizar os currículos mínimos, bem como outros padrões de qualidade, e impondo sanções administrativas, também contribui para a realização deste direito. O direito à educação é materializado, ainda, a partir de um quarto fluxo de comportamentos esperados, através de esforços organizados em forma de programas, instrumentos e ações – as chamadas políticas públicas. A comunidade tem direito a que existam políticas públicas de educação. Isto significa dizer que o direito à educação obriga à existência de políticas públicas. O direito à educação também vincula a existência do serviço público de educação, que é precisamente a atividade material de existir um corpo de funcionários, processos e instalações para que o educando possa criar o conjunto de competências esperado. Finalmente, o último significado de direito à educação é o de que, na ausência do serviço público esperado – pelo menos no que toca à educação básica –, ele pode ser reclamado individualmente perante as instâncias competentes, isto é, o poder judiciário.

2. Liberdade de expressão nas escolas

A liberdade de expressão é essencial para a realização das competências previstas na Constituição para a formação do ser humano. Segundo Mendes a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos. A liberdade de parte da perspectiva da pessoa humana como ser em busca de auto-realização. A liberdade de expressão é essencial para se ter um Estado democrático. A liberdade de expressão, em quando direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura (MENDES 2007). Conforme o art. 5º:

IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anônimo; VI-é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

No artigo 5º da Constituição encontra-se a liberdade de expressão no modo geral, isto é, a liberdade do indivíduo de comunicar-se e expressar-se não só no âmbito escolar no qual nos detemos neste artigo, mas também em sociedade. A liberdade de expressão no aspecto tangente a sociedade torna-se ampla. Abrangendo opiniões políticas, morais e religiosas.

O art. 206 II permite conceituar liberdade de expressão no âmbito escolar. O educando como qualquer indivíduo tem o direito de expressar-se conforme a Constituição. Entres estes direitos estão: o direito de opinar sobre o tema proposto em aula, discutir de forma construtiva sobre o tema, de ser ouvido na hora adequada.

A instituição escolar deve cumprir a função de interrogação que permita ao educando a reflexão sobre os temas tratados, assim

facilitando a construção dos processos individuais do educando. A instrução realmente faz sentido quando há desenvolvimento de espírito crítico no educando. E para tanto é necessários espaços para haver trocas de informações entre alunos e docentes. Não basta apenas a transmissão de conhecimento, é necessária a discussão sobre eles. Em um ambiente que os alunos vivam ao mesmo tempo em que aprendam. A constituição também prevê o pluralismo de idéias, o multiculturalismo. Como ressaltado nos artigos a seguir:

Art.206 III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos *princípios de liberdade* e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho; art. 3º, II- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber, IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância. Lei 9.394, art. 1º- A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Nos artigos acima descritos encontra-se um direcionamento específico á área da educação. Como visto no art.206 entender-se-á, que todos os indivíduos têm o direito de expressar suas opiniões e concepções. A Constituição tem como princípio a construção de indivíduo solidário, livre e justo. Mas para a construção deste indivíduo é necessário que o indivíduo tenha a liberdade de expressar-se e de ser ouvido.

A Constituição estabelece limites para a liberdade de expressão, esses limites não estão direcionados diretamente ao âmbito escolar, mas sim ao âmbito de uma sociedade. Os limites direcionados á liberdade expressão devem ser respeitados em ambos os campos.

O direito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. A prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. A liberdade de um indivíduo de

expressar-se dentro do âmbito escolar está limitada em preservar a dignidade humana. Não intervindo com sua opinião de forma negativa na aparência física do indivíduo, não impondo suas concepções sobre outras concepções. Assim respeitando a individualidade de cada um em seu espaço.

Os limites da liberdade de aprender e ensinar podem ser também compreendidos numa perspectiva mais ampla, analisando os objetivos da educação e os valores da orientação. O Tribunal Constitucional Federal alemão ao decidir sobre a possibilidade ou não do Estado proibir a realização de uma prece em uma escola pública não confessional, decidiu conforme o artigo 4, inciso I e II da Lei fundamental alemã, incluírem aos pais o direito de transmitir a seus filhos as convicções religiosas que eles consideram corretas. Permite-se ao educando conforme a Constituição Brasileira à liberdade de expressar-se não somente a temas direcionados exclusivamente ao tema proposto em aula, mas sim opinar sobre matérias políticas, religiosas, sócias, pessoais abrangendo um amplo campo de matérias a serem opinadas (LEITE, 2002). E esta liberdade estende-se ao aspecto político, como veremos a seguir.

A liberdade de expressão, deste modo, além de constitucionalmente protegida, é também um espaço de desenvolvimento do sujeito. Esta liberdade de expressão conecta-se intrinsecamente, como garantia, com os processos de constituição da vontade livre.

3. Constituição e Democracia

A Constituição Federal, no seu intento de organizar o poder e a liberdade, organiza os sistemas de ensino da União, Estado-Membro e os Municípios A Constituição Federal traz uma série de diretrizes sobre escolas públicas e privadas. O ensino fundamental é vinculado ao município e o ensino médio Estado-Membro, assim sendo os Entes-Federativos que definem formas de colaboração para universalizar o ensino obrigatório.

Segundo o artigo 205, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, com a colaboração da *sociedade*, para o preparo para sua cidadania e sua qualificação para o trabalho, ou seja, toda a comunidade tem direito a educação, logo, é este pensamento que a constituição prevê, por ser um direito do cidadão, ele é um direito público subjetivo.

Resumidamente o dever do Estado para com a educação estima-se mediante o cumprimento das seguintes garantias (CF, art. 208, I a VII):

- Ensino fundamental e médio gratuito.
- Atendimento educacional especializado
- Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência
- Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 anos de idade.
- Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.
- Oferta de ensino noturno regular
- Atendimento ao educando, no ensino fundamental através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Em um Estado autoritário, a dimensão de cidadania democrática desaparece. A democracia pressupõe essencialmente a liberdade de expressão e opinião pública, a divisão de poderes, a participação política, assim como formas diretas ou indiretas de participação política. Mas afinal, o que seria democracia, ou ainda, democracia na gestão escolar?

Denomina-se *democracia* uma forma de organização política que reconhece cada sujeito, como membro da comunidade, o direito de participar da direção e da gestão dos assuntos públicos. Assim, pode-se afirmar, é um regime do governo, no qual o poder de tomar importantes decisões políticas está com os cidadãos, pois são componentes da sociedade, os quais tem a capacidade de refletir, discutir, pensar e encontrar soluções para seus próprios problemas.

O diretor não deve ser imposto autoritariamente, pois ao gestor cabe o perfil de ser democrático e, portanto, desenvolver condições favoráveis no processo democrático no cotidiano escolar. Acredita-se que a democracia na escola só será real e efetiva se puder

contar com a *participação da comunidade*, no sentido de fazer parte, inserir-se, participar discutindo, refletindo e interferindo como sujeito, nesse espaço. Nesse contexto, a democracia não se constrói apenas com discurso, mas sim com ações que possam sustentá-las.

A democracia é sempre facilmente compreendida como um sistema que garante direitos. O conceito de democracia que tem implicações significativas, entre elas, a de que em geral os governos democráticos são governos sem autoridade.

É a partir da educação que as opções constantes da Constituição são internalizadas e reproduzidas nas práticas sociais. Não se tem uma sociedade tolerante, solidária, de bom senso de responsabilidade social e ambiental, se no processo de formação das pessoas, que vem desde a infância, essas opções não são internalizadas por práticas cotidianas, que as assumem como algo inerente ao viver. Portanto, a nossa democracia depende não apenas de uma universalização do acesso à educação, mas também de uma educação que crie as bases para uma sociedade democrática, que respeite a diversidade, que reproduza as opções da Constituição constante de seu preâmbulo e de seus principais princípios. Essa vinculação constitucional não significa falta de autonomia, mas uma vinculação nos seus aspectos fundamentais, sem a qual a própria democracia fica comprometida (MALISKA, 2010).

4. Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Lei de Diretrizes e Bases

A argumentação do STF vai no sentido de que

o cargo de diretores de escolas públicas é da natureza de cargo em comissão, de livre nomeação, algo que não tenha a ver com eleição, seja por professores ou alunos. O Executivo deve ter autonomia e independência para nomeação e o preenchimento daquele cargo público, por ser de sua competência a direção superior da administração pública local (art. 84, II, da CF/88) (Jusnavigandi, 2011)

Mais precisamente:

É inconstitucional o dispositivo da Constituição, que estabelece o sistema eletivo, mediante voto direto e secreto para escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino. É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (ADIn nº 123-0).

Segundo a Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394), mais precisamente, artigos 2º; 3º principalmente inciso VIII; 14 inc. I e II; e 205 (Constituição), destacando-se o artigo 14, o qual se destaca a concepção mais correta de democracia:

Os Sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;

II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Sendo assim, quem deveria ter o direito de eleger os representantes escolares (diretores) seria a comunidade próxima do local, pois ela quem presencia os fatos, e tem o conhecimento dos orçamentos escolares, entre outros fatores.

De fato, juntando todos os argumentos, é possível chegar ao caminho narrado a seguir. A Constituição de 1988 é um marco de superação de um período autoritário em diversos sentidos, principalmente no que toca à ausência de democracia, à vinculação da educação a um paradigma técnico e da ausência de liberdade de expressão no regime vigente à época. Ora, é evidente que qualquer interpretação constitucional tem de levar em conta a história brasileira de tentativa de superação do autoritarismo e do tecnicismo. É evidente, neste sentido, que o valor democracia é muito mais importante que o de “liberdade de nomeação de agente em cargo em comissão”.

Para reforçar este argumento, é necessário retomar o conceito de Educação previsto na Constituição. Este privilegia o objetivo da formação da pessoa humana por sobre valores instrumentais de competição e de aquisição de competência técnica (SCHLENESER, 2007). Para que a personalidade da pessoa humana seja desenvolvida, é vital que exista liberdade, e esta seja posta em exercício tanto na sala de aula, quanto na comunidade escolar. Assim, para existir desenvolvimento da pessoa humana, a liberdade de expressão e de autonomia é fundamental, assim como a democracia. Novamente, estas observações reforçam a interpretação de que a Constituição privilegia a democracia escolar por sobre a escolha técnica. Esta diretriz constitucional redundante em dispositivos constitucionais expressos sobre a democracia no ensino. Além disso, estas normas foram materializadas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Deste modo, a interpretação correta da Constituição não pode ser outra senão a de que são constitucionais as leis que impõem eleições de diretores nas escolas públicas. Aliás, estas leis são inúteis, uma vez que do próprio texto constitucional já decorre esta obrigatoriedade (ADRIÃO, 2002).

Conclusão

O STF interpretou a Constituição privilegiando certa tradição do Direito Administrativo, ao invés de buscar a literalidade da Constituição. Esta é clara ao estabelecer um modelo de Estado democrático, e de vincular esta tradição democrática à gestão escolar. Não bastasse isto, o próprio conceito de educação implica em desenvolvimento da pessoa humana, e isto pressupõe liberdade para aprender e expor idéias.

A hipótese que norteou o trabalho foi, assim, confirmada. Acredita-se que o diretor sendo eleito pela população que ali se encontra, irá além de fazer um bom trabalho, ter uma excelente relação interpessoal com pais, alunos e os próprios profissionais

que ali se inserem, cujos tiveram a oportunidade de escolher o que melhor se adaptaria em relação a cada ponto de vista na instituição de ensino, conseqüentemente ser a lei de eleições de diretores constitucional.

Referências bibliográficas

ADRIÃO, Theresa; CAMARGO, Rubens Barbosa. *Gestão, Financiamento e o direito à educação*. São Paulo: Xamã; 2002.

Inconstitucionalidade da eleição de diretores de escolas públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/16257>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

LEITE, Faustino Maria Carlinda. *O Currículo e Multiculturalismo no Sistema Educativo Português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MALISKA, Marcos Augusto. *Direitos Sociais (Educação, Constituição e Democracia)*; Rio de Janeiro: lúmen Júris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM, 2004.

SCHLESENER, Anita Helena. *Políticas Públicas e Gestão da Educação*. Brasília: Liber, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

Recebido em: abri de 2011

Aprovado em: junho de 2011

CONSELHO DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS?

*RIGHTS COUNCIL OF THE CHILD: EFFECTIVE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS?*

*Livia Copelli Copatti**

Resumo: Com a advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu a democratização de Estado e Sociedade, de maneira que a democracia participativa ganhou espaço e possibilitou o surgimento de instrumentos de participação da sociedade nas decisões públicas, principalmente na formulação, controle e execução de políticas públicas, demonstrando claramente que a democratização deve abranger Estado e sociedade, para assim, garantir e concretizar direitos. O presente artigo desenvolve, assim, o tema da abertura democrática brasileira e a consequente criação dos conselhos de direitos como instrumentos para concretizar direitos, em especial no presente estudo, de crianças e adolescentes. Inicialmente, será feita uma análise sobre a evolução da democracia e da participação social no Brasil. Posteriormente, serão analisados alguns aspectos acerca dos direitos das crianças e adolescentes, abordando-se direitos garantidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente

* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com ênfase na linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social. Professora na Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: <livia_dto@yahoo.com.br>.

para, ao final, analisar-se o Conselho de Direito da Criança e do Adolescente e a efetivação de direitos fundamentais. Neste contexto, a pesquisa desenvolve-se buscando responder à seguinte problemática: os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são sinônimos de efetivação de direitos fundamentais? Para tanto, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo e método de procedimento monográfico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Democracia; Conselho de direitos da criança e do adolescente; direitos fundamentais.

Abstract: With the advent of the Federal Constitution of 1988, was the democratization of state and society, so that participatory democracy has taken hold and allowed the emergence of tools for civil society participation in public decisions, especially in the formulation, control and execution of public policies, clearly demonstrating that democratization must cover state and society, thus ensuring and realizing rights. This article develops, so the Brazilian democratic opening theme and the consequent creation of boards of rights as instruments to realize rights, particularly in the present study, children and adolescents. Initially, there will be an analysis of the evolution of democracy and social participation in Brazil. Later, we will analyze some aspects concerning the rights of children and adolescents, approaching the rights guaranteed in the Constitution and the Statute of Children and Adolescents to, finally, to examine the Councils Rights of the Child and Adolescent and execution of fundamental rights. In this context, the research develops seeking to answer the following problems: the Advice of Rights of the Child and Adolescent are synonymous with realization of fundamental rights? To this end, we will use the method of hypothetical-deductive approach and method of procedure monograph, as well as the technical literature.

Keywords: Democracy. Council rights of children and adolescents. Fundamental rights.

Introdução

O processo de democratização pelo qual passou o País revela a transição pela qual também passou a sociedade, que através da participação nas decisões públicas pode propiciar melhoria nas condições de vida da maioria dos cidadãos, e, no caso em análise, para crianças e adolescentes.

Na democracia participativa surgem os conselhos gestores como um instrumento de diálogo entre o Estado e a sociedade, permitindo aos cidadãos sua participação na gestão pública e, principalmente, identificar e contribuir na escolha de políticas públicas.

Desta forma, parte-se para uma análise de como a democratização do Estado fez surgir novos instrumentos de participação do cidadão na gestão pública, dando ênfase aos conselhos de direitos da criança e do adolescente e a concretização de direitos destes através da atividade dos conselhos.

1. Democracia e participação social

A evolução dos tempos trouxe alterações nas formas dos Estados, passando-se pelo *Welfare State*, com a concessão de benefícios sociais aos trabalhadores para que pudessem enfrentar o sistema de produção capitalista¹, pelo Estado liberal e neoliberal, caracterizando-se o Estado mínimo, da menor intervenção, chegando a um Estado Democrático de Direito, consagrado com a Constituição Federal de 1988, com garantia de direitos fundamentais e maior valorização da participação social no Estado, nas decisões públicas, de modo que “é a sociedade organizada que define o papel e o espaço do Estado, não o contrário”².

1 GOMES, Fábio Guedes. *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rap/v40n02/v40n2a03.pdf. Acesso em 08 jan. 2010, p. 203.

2 DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social participativa*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996, p. 15.

E por isto, democratizar o Estado trouxe também a necessidade de democratizar a Sociedade, sob pena de ficar-se à beira de um retrocesso. Surge então a necessidade de “pensar e implementar os instrumentos adequados, plasmar as novas instituições [...]. E tudo aponta seja esse caminho o da chamada democracia participativa³”, buscando a interação entre o econômico, o político, sua formulação jurídica e possibilitando à sociedade, o seu poder de controle⁴.

Na década de 1980, os movimentos populares assumiram a função de mobilizar os indivíduos para participarem dos processos decisórios. Este período foi marcado pela luta ao reconhecimento dos direitos sociais, políticos e também econômicos dos setores populares, conquistando por fim, um campo democrático na sociedade civil, desenvolvendo a cultura de mobilização e pressão para viabilizar o encaminhamento das demandas sociais e a participação da sociedade nos assuntos que diziam respeito à coisa pública⁵. Mas, na década de 1990, novas percepções de participação se apresentam - a cidadã e a social -, já como um reflexo da Constituição Federal de 1988⁶.

Com o aumento da demanda por garantia de direitos, o Estado não consegue sozinho satisfazer a contento as necessidades dos cidadãos e ocorre assim, a descentralização e o surgimento de sujeitos de poder não satisfeitos com a ineficácia dos poderes representativos estatais.

Com isto, foi criado um novo espaço, uma esfera pública onde há uma articulação de diversos atores sociais, desenvolvendo programas e atividades voltadas para a satisfação das necessidades sociais e para a concretização de direitos que, muitas vezes, embora previstos constitucionalmente, padecem de efetividade. Nesta esfera pública de articulações inserem-se ONGs, universidades, conselhos, audiências públicas, assembleias da sociedade civil entre outros⁷.

3 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 92.

4 Ibidem, p. 92.

5 GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 53.

6 Ibidem, p. 56-57.

7 Idem. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 53-54.

Os novos mecanismos criados pela própria sociedade civil “trazem a oportunidade de ampliar certos valores, tematizar certas questões de interesse geral e criar uma agenda alternativa à dominante na mídia, potencializando, assim, a participação cidadã [...]”⁸, resultando benefícios para todos e, principalmente, para crianças e adolescentes que devem ter a proteção integral garantida e, assim, concretizados os seus direitos.

Somente se conquistará uma democracia plena com a efetiva participação dos cidadãos, exercendo ativamente sua cidadania, porque sem tal participação, a democracia transforma-se em mera formalidade, teoria, uma vez que a essência de um regime democrático reside justamente na soberania popular.

A participação social é uma forma de controle na gestão dos interesses públicos, de modo que ocorre assim a interação entre Estado e Sociedade. Quando se analisa o tema criança e adolescente é preciso considerar particularidades existentes, de modo que a interação antes referida cria condições para que as deliberações populares sejam voltadas para o bem de todos, possibilitando o desenvolvimento de políticas públicas e a melhoria na condição de vida de crianças e adolescentes.

2. Direitos da criança e do adolescente

Tendo em vista a situação em que se encontravam crianças e adolescentes na década de 1980, onde a situação irregular não lhes dava direitos, igualando marginalizados a abandonados, os movimentos sociais pela defesa e proteção da criança e adolescente começaram a surgir, unindo-se a muitos outros movimentos sociais da época para mudar esta situação.

A criação da Comissão Nacional Criança e Constituinte, em 1986, foi determinante na luta pela garantia dos direitos da criança e do adolescente, culminando com a inserção dos direitos na

8 TEIXEIRA, Elenaldo. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001, p. 141.

Carta Constitucional de 1988, sendo assim, o primeiro instrumento a garantir a proteção integral, seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. A diferenciação existente entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito do Menor de décadas atrás é nítida, uma vez que aquele é constituído por valores, que nem sequer eram imaginados no direito do menor, que tratava a criança como objeto, diferenciando-se da teoria atual, em que é tratada como cidadão⁹.

A previsão constitucional da proteção integral e dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes está disposta no art. 227, proclamando que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar às crianças e adolescentes a proteção integral¹⁰. Tal dever se faz necessário pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, definição dada pela Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas.

A promulgação da Lei. 8.069 em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, fez inserir no ordenamento jurídico nacional um documento modelo, contemplando o que há de mais avançado em termos de direitos da criança e do adolescente, sendo a proteção integral à criança e ao adolescente o objetivo central do Estatuto¹¹.

Após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto o âmbito governamental quanto não-governamental foram buscando adaptar-se e comprometer-se com as disposições da lei para efetivar os direitos de crianças e adolescentes, então reforçados

9 CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009, p. 29.

10 Conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 227, *caput* “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão.

11 Segundo o Estatuto da Criança e Adolescente, art. 1º: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. E ainda, o art. 3º: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

por um Estatuto que lhe é próprio. O art. 227 da Constituição Federal e o art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se à chamada trilogia da proteção integral, ou seja, à dignidade, ao respeito e à liberdade, porque além de crianças e adolescentes gozarem, genericamente de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, há uma ênfase maior uma vez que estão em uma condição peculiar de desenvolvimento, devendo por isto receber maior atenção e proteção, tendo inclusive a possibilidade de exercitar aqueles direitos desde cedo.

Em seu art. 4º, o Estatuto prevê a prioridade absoluta da efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, sendo que é dever da família, do Estado e da Sociedade zelar pelo cumprimento. Tal dever visa assegurar o cumprimento integral dos direitos fundamentais no período especial de desenvolvimento da infância e da adolescência, prevalecendo e sendo prioritários os direitos da criança e do adolescente em qualquer confronto com outros direitos.

Há também o princípio do melhor interesse, devendo-se analisar o que melhor interessa para o desenvolvimento da criança, distinguindo-se do puro interesse da criança, uma vez que este pode não ser o que melhor se adequa à sua condição peculiar de desenvolvimento. Tal princípio está consagrado no art. 3º, item 1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, onde, “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança¹²”. Através de tal princípio verifica-se a busca pelo bem estar das crianças e, também dos adolescentes¹³.

A superação da teoria da situação irregular pela doutrina da proteção integral com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e Adolescente em 1990 foram dois marcos para a garantia dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil.

12 ONU. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em 18 mar. 2010.

13 Para a Convenção, é criança todo o ser humano com menos de dezoito anos (art.1º), diferindo do Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece que criança é a pessoa até doze anos incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

E, como visto, para concretizar a proteção integral, a prioridade absoluta e o melhor interesse, além de todos os demais direitos inerentes às crianças e adolescentes, são necessários alguns instrumentos, órgãos e agentes, inserindo-se neste contexto, os conselhos de direitos da criança e do adolescente, que exercendo suas atribuições, poderão concretizar os direitos previstos em leis inerentes às crianças e adolescentes.

3. Conselhos de direitos da criança e adolescente: sinônimo de efetivação de direitos fundamentais?

A abertura de canais de comunicação entre os cidadãos e o ente estatal passou a ser um instrumento de indiscutível importância para a gestão pública, sendo que o processo de participação da sociedade centra-se então, na formulação, gestão, implementação e controle das políticas públicas, sendo que para crianças e adolescentes, tal mudança de paradigma torna-se essencialmente importante.

Neste contexto, a descentralização do poder político ganha espaço e importância principalmente no momento em que verifica-se que a verticalização das decisões sobre políticas públicas, afastando o centro decisório da sociedade, não dá mais conta de satisfazer as necessidades sociais.

A política voltada para crianças e adolescentes, até a Constituição Federal de 1988 era precariamente formulada, de forma centralizada e verticalizada, principalmente pela aplicação da Política Nacional de Bem-Estar do Menor que era a base para as entidades de assistência e proteção ao menor, o que levou a sociedade a articular-se para incluir os direitos de crianças e adolescentes no texto constitucional de 1988, mudando o enfoque para a doutrina protetiva, sendo tratados como cidadãos.

Para o Direito da Criança e do Adolescente, o fundamento constitucional da descentralização política está disposto no art. 227, § 7º, reportando-se às ações de assistência social que estão baseadas na descentralização política.

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente também previu a participação popular no direito da criança e do adolescente através dos conselhos de direitos, conforme art. 88, inciso II, enquanto parte integrante da política de atendimento, corroborando a descentralização política prevista constitucionalmente.

Resultado do processo de democratização, os conselhos são “instrumento mediador na relação sociedade/Estado e estão inscritos na Constituição de 1988, e em outras leis de país, na qualidade de instrumentos de expressão, representação e participação da população¹⁴”.

Destaca-se que os conselhos de direitos da criança e adolescente têm como função precípua a formulação da política de atendimento dos direitos da criança e adolescente e o controle das ações públicas voltadas para a promoção dos direitos humanos da criança e do adolescente, sendo imprescindível a eles acompanhar, monitorar e avaliar as políticas públicas voltadas para infância e adolescência no âmbito municipal.¹⁵

E, uma das atividades que podem ser realizadas pelos conselhos de direitos, notadamente no âmbito municipal, e que está diretamente relacionada com a eficácia e efetivação dos direitos fundamentais é a realização do diagnóstico da realidade de crianças e adolescentes, com a articulação com outros órgãos e por fim, a deliberação de políticas públicas.

Realizar um diagnóstico possibilita conhecer e inteirar-se da situação em que encontram-se crianças e adolescentes, traçando um modelo/parâmetro das suas condições de vida. O diagnóstico pode ser realizado de maneiras diversas, sendo que o conselho de direitos poderá estabelecer qual o melhor meio de realizá-lo de maneira segura e com a maior precisão possível para conhecimento da realidade de crianças e adolescentes. Podem-se elencar quatro

14 GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 83.

15 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Resolução nº 105, de 15 de junho de 2005. Dispõe sobre os Parâmetros para Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/.arquivos/.spdca/.arqcon/105resol.pdf>. Acesso em 23 ago. 2010, art. 15.

etapas a serem desenvolvidas pelos conselheiros, iniciando pelo planejamento, passando pela pesquisa de campo, o processamento dos dados e encerrando com o relatório final interpretativo.¹⁶

O planejamento é a organização de uma base sólida para a análise da realidade a ser conhecida e compreendida pelos conselheiros. Com ele se elencam as necessidades, as metas e objetivos que devem ser atingidos para a elaboração do diagnóstico. A pesquisa de campo é a oportunidade para realizar o mapeamento dos envolvidos na garantia, promoção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes e estabelecer uma boa relação entre o conselho e cada entidade, órgão, secretaria entre outros, que desenvolvem atividades com crianças e adolescentes.

O próximo passo é o processamento dos dados obtidos, sendo que através deste é possível encontrar respostas para os problemas propostos e para a análise realizada. Este resultado é técnico e apontará números e considerações estatísticas para a elaboração do resultado final e do diagnóstico. Ao final do processo de desenvolvimento do diagnóstico apresenta-se o resultado de todo o trabalho desenvolvido, com recomendações de ações políticas direcionadas para a solução dos problemas que envolvem crianças e adolescentes de forma articulada e de onde partirão as deliberações dos conselheiros.

A partir do diagnóstico realizado, o conselho de direitos deverá elaborar o plano de ação e as suas metas, bem como deliberar as políticas públicas, que são o referencial para que os direitos de crianças e adolescentes sejam respeitados e tenham a sua eficácia plena, saindo de uma visão apenas teórica para ter aplicabilidade real na vida de cada criança e cada adolescente.

Neste momento, de deliberação de políticas públicas, insere-se uma das possibilidades que o conselho de direitos possui para tornar seu trabalho mais preciso e melhor desenvolvido, qual seja, convidar a sociedade a participar das suas deliberações e da elaboração das políticas públicas, porque muitas vezes, mesmo realizado o diagnóstico, algum aspecto deixa de ser percebido e com a participação da sociedade aproxima-se mais ainda da realidade.

16 CLAUDIO S., Rubens. *Diagnóstico da Realidade Social* de crianças e adolescentes em um Município. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/TabId/77/ConteudoId/d37d3e10-4f5d-46ed-bfcb-7744b7cd5f8f/Default.aspx>>. Acesso em 01 set. 2010.

E neste sentido, verifica-se que uma das diretrizes da política de atendimento explicitadas no art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a mobilização da opinião pública, servindo para cumprir com a descentralização político-administrativa e com o princípio participativo que informa o Direito da Criança e do Adolescente, além de possibilitar que a sociedade possa influir nas deliberações de políticas públicas para crianças e adolescentes.

Ao conselho de direitos é designada a função da mobilização popular, ocorrendo principalmente através do Fórum de Direitos da Criança e do Adolescente, da organização das Conferências de Direitos, que são realizadas no nível federal, estadual e municipal, audiências públicas, seminários e fóruns temáticos. Isto não impede que tal mobilização ocorra também pela organização da própria sociedade e de diversas maneiras como, por exemplo, com a utilização da mídia.

A participação da sociedade, não apenas considerando o indivíduo enquanto membro de um conselho de direitos, mas principalmente, através de uma mobilização real e efetiva aproveitando as oportunidades de participação direta na discussão e formulação de políticas públicas através dos instrumentos de participação social, faz com que a própria sociedade sintam-se responsável pela concretização de direitos e valorize tal aspecto e espaço, tornando real o reordenamento institucional ocorrido com o Direito da Criança e do Adolescente, concretizando direitos através de políticas públicas, e permitindo a integração operacional do sistema de garantia de direitos, tudo com vistas à proteção integral de crianças e adolescentes.

Aqui surge o problema proposto para a pesquisa: os conselhos de direitos da criança e do adolescente são sinônimos de efetivação de direitos fundamentais? Muito embora sejam expressão de democratização e devam tornar possível à sociedade a participação para formulação de políticas públicas, nem sempre é isto o que ocorre.

Muitos fatores são importantes para que um conselho possa atuar e desenvolver suas funções previstas em lei, para que possa realizar o diagnóstico da realidade e assim possibilitar a elaboração de políticas públicas para concretizar direitos e, para que possa tornar efetiva a participação da sociedade nas decisões.

Como visualizado por Gohn¹⁷, diversos aspectos sobre os referidos conselhos necessitam ser debatidos, para que sejam eles, instrumentos mediadores entre Estado e sociedade, destacando-se questões como a criação de alternativas para seu fortalecimento, que passa pela implementação de uma cultura participativa na gestão das coisas públicas, bem como pela necessidade de informação, de levar ao conhecimento da população a existência dos conselhos e a possibilidade de participação social nos mesmos, bem como mostrar aos conselheiros que podem e devem utilizar o conselho como meio de diálogo com a sociedade, utilizando-se de outros instrumentos de participação, como audiências públicas, fóruns, seminários e conferências.

Outras questões que podem ser elencadas e discutidas referem-se à capacitação dos conselheiros, que é de extrema importância para a deliberação de políticas públicas, à fiscalização e controle exercido pelos conselhos sobre o cumprimento de suas deliberações, à paridade numérica, uma vez que não é difícil encontrar conselhos com disparidade entre membros governamentais e não-governamentais, aqueles sobrepondo-se numericamente a estes, à igualdade de acesso às informações para a argumentação e a decisão, podendo-se incluir aqui a linguagem dos documentos, que muitas vezes é técnica e impossibilita o melhor entendimento pelos conselheiros, além da ausência de definição clara de competências e atribuições de alguns conselhos.

Da análise realizada por Evelina Dagnino sobre os entraves para a efetiva democratização de Estado e sociedade e para a real participação social nas decisões públicas, principalmente na formulação de políticas públicas, ainda pode-se destacar a dificuldade do Estado partilhar seu poder com a sociedade, o predomínio, ainda hoje, da burocracia estatal, a falta de recursos, de transparência, entre outros, bem como a exigência de qualificação dos cidadãos para participarem das decisões, o que por vezes, acaba impossibilitando-a ou gerando uma participação qualquer, apenas como forma de

17 GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 90-98, passim.

legitimar uma decisão¹⁸. Desta forma, é preciso compreender os problemas existentes e transformá-los em novos pontos de vista para atingir uma participação plena e concretizadora de direitos de crianças e adolescentes.

E, tendo em vista as dificuldades para ter-se um conselho realmente atuante, surge o questionamento se a participação realmente tem conseguido inserir-se num Estado que se diz democrático, e, principalmente, se as promessas e expectativas da participação como fator educacional na promoção da cidadania, a democratização do Estado e as novas tendências nas políticas públicas se concretizaram.¹⁹

Os conselhos de direitos da criança e do adolescente devem ser instrumentos de concretização de seus direitos, mas, se isto não ocorrer, deve-se ter a consciência das dificuldades enfrentadas pelos conselhos e ter interesse e atitude para superá-las, seja por parte dos conselheiros, da sociedade ou da administração pública, fazendo com que as finalidades do conselho, principalmente a realização de diagnóstico da realidade com formulação de políticas públicas e a efetiva participação social possam ser cumpridas, podendo ser então, sinônimo de concretização de direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Substitui-se assim o modelo de imposição de políticas públicas, muitas vezes afastado da realidade, por um modelo participativo, articulando a sociedade civil, verificando quais direitos e necessidades que devem ser concretizados e supridos e a Administração Pública, que deve executar as deliberações tomadas nos conselhos, possibilitando assim, a concretização dos direitos das crianças e adolescentes.

Assim, os conselhos de direitos da criança e do adolescente são importantes instrumentos para a garantia dos direitos. Cada município possui suas particularidades, suas complexidades, sendo

18 DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil, Espaços Públicos e a Construção Democrática no Brasil: Limites e Possibilidades. In: _____. (Org). *Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, 283-290, *passim*.

19 TATAGIBA, Luciana. Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil. In: DAGNINO, Evelina (Org). *Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 47-103.

preciso um conselho de direitos ativo, capaz de perceber quais situações necessitam de atendimento através da formulação de políticas públicas ou até mesmo de ações emergenciais, articulando-se com órgãos governamentais e com a sociedade civil para atingir tal fim.

Conclusão

Com a realização do presente estudo, pode-se verificar como a evolução estatal, concretizando a democracia, possibilitou a abertura de espaços decisórios para a sociedade civil. A evolução do Estado e os novos modelos de gestão pública surgidos trazem a percepção de que a democracia é um processo e não resultado²⁰ e possibilita visualizar que o processo de participação dos indivíduos no espaço local, como atores sociais capazes de transformar a realidade é longo e deve ser conquistado, construído passo a passo.

Da abertura para a participação da sociedade civil no processo decisório público surgem os conselhos de direitos da criança e do adolescente, com a participação paritária de Estado e sociedade enquanto seus membros, possibilitando inclusive, a utilização pelos próprios conselhos dos instrumentos de participação social para um maior envolvimento da sociedade, visualizando e elencando assim, os problemas que atingem milhares de crianças e adolescentes, para que em comunhão de esforços entre Estado, sociedade e conselho, possam ser concretizados os direitos de crianças e adolescentes, dando-lhes proteção integral, concretizando sua cidadania.

Assim, em resposta à problemática proposta, o conselho de direitos da criança e do adolescente, regra geral, é sinônimo de efetivação de direitos. E, para tanto, deve cumprir com suas funções, prin-

20 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O município e a constituição da democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 20.*

principalmente desenvolvendo o diagnóstico da realidade, conhecendo o seu âmbito de atuação e a realidade das crianças e adolescentes, para que assim possa traçar as metas e realizá-las a contento, formulando e discutindo as políticas públicas com a sociedade, utilizando, inclusive, de outros meios de participação social, o que, necessariamente passa pela qualificação e interesse dos conselheiros de direitos e pelo despertar da importância da participação pela sociedade.

Caso contrário, o conselho de direitos poderá tornar-se uma formalidade, destinado apenas para o recebimento de recursos de outras esferas, o que está muito longe de ser o seu objetivo e que não terá o condão de concretizar direito algum, deixando crianças e adolescentes à margem de desrespeito aos seus direitos e distantes de ter a proteção integral concretizada.

É sabido que nem todos os conselhos conseguem atuar de acordo com o que seria exigível e necessário, sendo que alguns dos problemas que enfrentam foram expostos na pesquisa e, desta forma, para a solução dos mesmos, há que se ter uma união de esforços entre o próprio conselho, a sociedade - através de entidades ou particulares - e, a administração pública - responsável pela realização das políticas públicas deliberadas pelos conselhos -, fazendo com o que o conselho consiga cumprir com suas funções legais e ser sinônimo de garantia e concretização de direitos fundamentais previstos constitucionalmente e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Referências bibliográficas

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

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. *Resolução 105/2005*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/.arquivos/spdca/.arqcon/105resol.pdf>. Acesso em: 18/03/2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CLAUDIO S., Rubens. *Diagnóstico da Realidade Social de crianças e adolescentes em um Município*. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/TabId/77/ConteudoId/d37d3e10-4f5d-46ed-bfcb-7744b7cd5f8f/Default.aspx>>. Acesso em: 01/09/2010.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil, Espaços Públicos e a Construção Democrática no Brasil: Limites e Possibilidades. In: DAGNINO, Evelina (Org). *Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social participativa*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *O protagonismo da sociedade civil: movimento sociais, ONGs e redes solidárias*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

GOMES, Fábio Guedes. *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rap/v40n02/v40n2a03.pdf>. Acesso em: 08/01/2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O município e a constituição da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

ONU. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em: 18/03/2010.

TATAGIBA, Luciana. Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil. In: DAGNINO, Evelina (Org). *Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

TEIXEIRA, Elenaldo. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

Recebido em: abril de 2011

Aprovado em: junho de 2011

REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
A BUSCA PELA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO, COMO DIREITO FUNDAMENTAL,
FRENTE ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS

*REFORM OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE:
SEARCH FOR A REASONABLE LENGTH OF PROCESS
AS A FUNDAMENTAL RIGHT, FRONT PROCEDURAL
SAFEGUARDS*

*Raquel Tomé Soveral**
*Luciano de Araújo Migliavacca***

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, cotejando as alterações propostas no tocante à aplicação do princípio da razoável duração do processo, confrontando-o com as garantias constitucionais basilares do processo. Dentre os objetivos propostos do anteprojeto do Código de Processo Civil evidencia-se a busca de uma “sintonia fina” com a Constituição Federal, simplificação das formas, otimização do processo considerado em si mesmo bem como atribuir maior coesão dos dispositivos. Diante de tais critérios, visa-se à obtenção de uma efetiva prestação jurisdicional, resolvendo-se o conflito e atentando-se ao respeito dos direitos fundamentais e no menor tempo possível. Evidentemente que a razoável de duração do um processo ten-

* Advogada. Graduada em Direito pela IMED.

** Professor universitário da IMED. Advogado. Especialista em Direito Tributário. Coordenador do Curso de Pós Graduação lato sensu em Direito Processual Civil da IMED. Mestrando pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: <lucmig@hotmail.com>.

dente a assegurar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional – busca de um resultado justo – deve respeitar e garantir o devido processo legal e contraditório, princípios estes de natureza constitucional processual. Nesse contexto, destaca-se algumas alterações propostas e constantes no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, analisando-as conforme a sua contribuição à obtenção de um resultado em tempo hábil. Destaca-se que o presente estudo não tem a intenção de esgotar o tema referente às alterações do novo Código, até mesmo porque baseado apenas no texto original apresentado à votação.

Palavras-chave: Código Processo Civil; razoável duração do processo; anteprojeto.

Abstract: This paper aims to examine the project of the new Code of Civil Procedure, comparing the changes proposed in the application of the principle of reasonable duration of the process, confronting him with the basic constitutional guarantees of the process. Among the objectives of the proposed project of the Code of Civil Procedure is evident in the search for a “fine tuning” to the Federal Constitution, simplification of forms, process optimization considered in itself as well as give greater cohesion of the devices. Given these criteria, the aim is to obtain an effective judicial remedy, resolving conflict and undermining the respect for fundamental rights and in the shortest time possible. Of course, the reasonable duration of a process to ensure the effectiveness of the provision of judicial review – the search for a fair result – must respect and ensure due process and contradictory, principles of constitutional procedure. In this context, there is some changes and proposals contained in the new Draft Code of Civil Procedure, analyzing them according to their contribution to achieving a timely manner. It is noteworthy that this study did not intend to exhaust the theme related to changes in the new Code, because even based only on the original text submitted to a vote.

Keywords: Draft. Civil Procedure. Reasonable duration of the process

Introdução

Em uma mera análise superficial no sistema processual civil pode-se evidenciar a “inadequação” do Poder Judiciário em relação às demandas a ele submetidas, fato este que se sobressai ante a morosidade na prestação jurisdicional. Constata-se que se está exigindo do Judiciário muito mais do que ele, agora, pode oferecer.

Nesse contexto, surge a pretensa¹ necessidade de reforma processual tendente a dar suporte às demandas jurídicas existentes, dada a ineficácia do Poder Judiciário, sobretudo na esfera estadual, abarrotada de processos, recebendo a cada dia novas demandas, e não conseguindo dar conta de solucionar os litígios em tempo considerado razoável.

Evidencia-se a morosidade da justiça considerando a existência de demandas com cinco, dez, quinze anos para serem resolvidas, quando não mais, sendo a mesma taxada, por conseguinte, de ineficiente e tardia como já preconizado por Rui Barbosa: “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”².

Assim, é preciso analisar se o anteprojeto do Código de Processo Civil alcançará a prestação da tutela jurisdicional de forma justa, qual seja observando-se a razoável de duração do processo, bem como, respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da efetividade processual.

A adequação das normas processuais civis aos anseios sociais, proposta pelo Anteprojeto do Código de Processo Civil, surge como forma de obtenção de um processo justo, assegurando-se a prestação jurisdicional célere e efetiva, promovendo a consecução do direito fundamental – e também constitucional – de acesso à justiça, assim compreendido o acesso bem como a resposta adequada em tempo hábil.

1 Pretensa porquanto as causas da morosidade na prestação jurisdicional extrapolam apenas a questão processual, advindo de diversas causas como a falta de pessoal, remuneração inadequada do funcionalismo público, estrutura física incapaz de atender às demandas, dentre outras. Evidentemente que a crise instaurada no Judiciário decorre inexoravelmente de uma crise no próprio estado; contudo tal aspecto não representa tema do presente estudo.

2 BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 53.

1. Princípios norteadores do processo civil

Primeiramente, cumpre realizar um estudo sobre alguns princípios norteadores do processo civil, a fim de que se consiga entender quais os parâmetros que devem ser seguidos na busca da efetividade da tutela judicial, e, principalmente, da efetividade do princípio da razoável duração do processo, para que, após, se consiga analisar o Anteprojeto Código de Processo Civil.

Desta forma, merece análise o princípio do devido processo legal, pois dele advieram as seguintes garantias: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório. Refere-se “o princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos com a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process law*”³.

Por tal motivo é que se destaca o devido processo legal, o qual exige a proibição de juízos de exceção, o juiz natural, a igualdade, o contraditório, o dever de proferir uma decisão fundamentada e por fim, mas não menos importante, a razoável duração do processo. Afinal, é com a ponderação dos valores fundamentais da efetividade e da segurança jurídica que se pode obter um processo tendencialmente justo.

Por entender que a resolução de um processo deve ser de forma justa, assegurando todas as garantias jurídicas, que o Anteprojeto do Código de Processo Civil apresenta-se com a finalidade de dar celeridade e efetividade a resolução das demandas judiciais e, com isso, efetivar o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Outro princípio que merece guarida é a ampla defesa e o contraditório. E é em busca da razoável duração do processo que

3 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76/77.

se passa a analisar a garantia do contraditório, por ser elemento indispensável para se ter um processo justo, posto que, o conteúdo mínimo desse princípio não se esgota apenas na ciência bilateral dos atos processuais, ou na possibilidade de contrapô-los, faz sim, com que os provimentos judiciais dependam da efetiva participação das partes. Necessária, portanto, a cooperação das partes com o juiz e vice-versa, intensificando com isso a necessidade do contraditório, aumentando seu alcance, valorizando a efetividade⁴.

O princípio do contraditório tem vínculo direto com o respeito da dignidade da pessoa humana e com os valores da democracia, de maneira renovada, cuja sua efetividade não se dá apenas com o debate das questões entre as partes, mas principalmente com o concreto exercício do direito de defesa para convencimento do juízo⁵.

Tamanha importância, guardam esses princípios no rumo processual para obter uma justiça efetiva e justa, veja-se: “O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação”⁶.

Veja-se que a ampla defesa constitui no sentido de permitir às partes a ilação adequada de alegações que sustentem a pretensão ou a defesa, tanto no processo judicial quanto no administrativo, quer dizer, podem ambas as partes realizar provas das mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis das decisões proferidas.

Por último, mas não menos importante, tem-se como basilar o princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, acrescentado por meio da emenda constitucional n. 45/2004 – porém tal regra já era entendida dentro mesmo do devido processo legal.

4 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo No Processo Civil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 132/133.

5 *Ibidem*.

6 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.

A expressão utilizada pela norma jurídica “razoável duração” apresenta certa vagueza semântica, como lecionam Ademar Nitschke Júnior e Ana Paula Pavelski:

a definição de razoável duração do processo dependerá de cada situação concreta: da matéria envolvida; de quem são as partes; do convencimento do juiz sobre os fatos e fundamentos; das provas a serem produzidas. Deve-se pautar também pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a que se possa avaliar, na prática, o que é melhor, mais adequado para o caso concreto, a fim de que o tempo de duração do processo esteja dentro do aceitável e sua resolução seja ainda útil às partes⁷.

Embora a busca na conceituação de “razoável” vincule-se à concretude do caso proposto, persiste a indefinição quanto aos seus limites, impondo-se ao próprio Judiciário estabelecer a estrita observância de tal direito fundamental.

Da mesma forma, Samuel Meira Brasil Júnior refere que a conceituação de “razoável duração do processo” não se revela tarefa fácil: “como estamos diante de um conceito jurídico aberto (*open texture*), o alcance do princípio será fixado considerando as circunstâncias concretas de cada caso”⁸.

O objeto é alcançar os melhores resultados possíveis, economizando o máximo de tempo, despesas e esforços. No sentido de que será justa a prestação jurisdicional ocorrida em tempo, respondendo às pretensões das partes litigantes antes que se perca no vácuo da espera, numa solução tardia.

Tal princípio possui dupla função, pois respeita o tempo do processo, considerando a duração de um processo desde seu início

7 NITSCHKE JÚNIOR, Ademar; PAVELSKI, Ana Paula. Razoável duração do processo e responsabilidade do Estado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15.

8 BRASIL JÚNIOR, Samuel Beira. Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129.

até o trânsito em julgado e, também, adota meios alternativos da solução de conflitos, com a intenção de aliviar a carga da justiça ordinária. Contribuindo, desta forma, com a abreviação da duração média do processo, por ser um princípio flexível e adaptável aos litígios em que se encontre a égide, devendo ter aplicação a todo e qualquer processo⁹.

Entende-se, portanto, que a definição de razoável duração do processo dependerá da situação concreta, da matéria em litígio, das partes envolvidas, do convencimento do juiz, dos fatos, fundamentos e provas a serem desenvolvidas ao longo do tramite processual. Devendo atentar-se na razoabilidade e proporcionalidade, para que na prática se possa avaliar o que é mais adequado ao caso concreto, a fim de que o tempo de duração de uma demanda seja aceitável e sua resolução útil às partes¹⁰.

Sabe-se que cada processo terá um ritmo processual, razão pela qual conclui-se que a própria finalidade do processo coloca certo limite à celeridade, pois não se pode comprometer a qualidade das decisões com o escopo de terminar rapidamente com o litígio. Por isso é que afirma Carlos A. A. de Oliveira: “papel relativamente importante no formalismo desempenha a forma em sentido estrito, que serve também para conter o arbítrio judicial e emprestar segurança às partes, atuando ainda internamente como elemento ordenador do processo”¹¹.

A obediência à técnica processual, normatizada pelo legislador, e às regras formais é fundamental para assegurar tratamento igual aos sujeitos litigantes, ditos parciais na lide, garantindo a eles liberdade de intervir quando necessário. Assim, “não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam”¹².

9 MARIN, Jeferson Dytz. *Jurisdição e processo*. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2009, p. 48.

10 NITSCHKE JÚNIOR, Ademar; PAVELSKI, Ana Paula. Razoável duração do processo e responsabilidade do Estado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 13.

11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo No Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 123.

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45

O que se entende por efetividade do processo é eliminar as insatisfações com justiça e cumprimento do direito, assim nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico¹³.

Pela forma não constituir valor em si mesma, o formalismo deve ser observado no sentido dos objetivos que devem ser alcançados. Nesses termos, acertado está Jose Roberto dos Santos Bedaque quando afirma que: “é imprescindível que o processualista volte sua atenção para o objetivo principal do processo, em função do qual deve ser aplicada a técnica processual”¹⁴.

2. As mudanças propostas para o Novo Código de Processo Civil

Percebendo a incapacidade de atender aos anseios da sociedade em relação à prestação jurisdicional é que teve origem o Anteprojeto do Código de Processo Civil, capitaneado pelo Ministro Luiz Fux.

O Código vigente de 1973 foi satisfatório por duas décadas, mas a partir daí a necessidade de alterações começaram a surgir, tendo sido realizadas várias modificações. Dessa maneira, o Novo Código de Processo Civil (leia-se o Anteprojeto) tem potencial para tornar o processo mais célere, uma vez que está perto das necessidades sociais, além de simplificar o sistema.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 338.

14 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

Mister referir algumas modificações ocorridas que são de suma relevância por guardarem correspondência com as modificações propostas, quais sejam: a concessão da tutela de urgência e da tutela de evidência; o desaparecimento do livro das Ações Cautelares; a extinção do procedimento especial da ação de usucapião, criando-se um procedimento por edital, como forma de comunicação dos atos processuais, provocando, nessas ações, todos os interessados a intervir.

Além disso, os prazos dos recursos, com exceção dos embargos declaratórios, são de quinze dias, o recurso de apelação é interposto no primeiro grau de jurisdição, mas há a necessidade do juízo de admissibilidade, exercido apenas no segundo grau de jurisdição, suprimindo um novo foco desnecessário de recorribilidade. Desapareceu, igualmente, o agravo retido, sendo que todas as decisões anteriores serão impugnadas em sede de apelação, bem como, os embargos infringentes, aqui o relator terá o dever de declarar o voto vencido, integrando o acórdão, inclusive para fins de prequestionamento.

Acerca de tantas modificações existentes, cumpre destacar aquelas que tendem ao princípio fundamental da razoável duração do processo, bem como, os aspectos positivos e negativos das mudanças mencionadas.

Importante salientar que alguns aspectos do Anteprojeto tendem à razoável duração do processo. Algumas modificações realizadas favorecem a celeridade processual, configurando como pontos positivos, enquanto outras alterações não contribuem e acabam prejudicando a efetivação deste princípio constitucional, configurando pontos negativos à celeridade na resolução dos conflitos.

Assim para melhor sintetizar e entender essas mudanças propostas, segue a tabela abaixo com a análise de algumas normas previstas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

Previsão	Modificação	Quanto à efetivação da razoável duração do processo
Art. 4º As partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa	Traz em seu texto a previsão constitucional da razoável duração do processo.	Ponto positivo e negativo, pois prevê a celeridade mas não define e nem diz os meios como garantir sua efetividade
Art. 5º As partes tem direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.	Traz em seu texto a atuação das partes.	Ponto positivo, pois a cooperação das partes e do magistrado é um meio para que o processo seja mais célere.
Art. 49. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como preliminar de contestação, que poderá ser protocolada no juízo do domicílio do réu.	Suprime o incidente de exceção de incompetência relativa	Aspecto favorável porquanto elimina o formalismo existente quanto à análise da incompetência relativa.
Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – promover o andamento célere da causa; II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei; [...]	Traz em sua redação os poderes e deveres do juiz na condução dos processos.	Ponto positivo, uma vez que designa ao juiz o dever de conduzir com celeridade o procedimento, mencionando quais atividades deve permitir e/ou proibir.
Art. 174. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão, de forma contínua, somente os úteis;	Os prazos serão contados somente nos dias úteis, e não mais de forma corrida como é atualmente.	Ponto negativo, pois aumentar-se-á o tempo para peticionar e, conseqüentemente, o andamento no processo também será prolongado.
Art. 333. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias.	Prevê a possibilidade de ocorrência de audiência de conciliação.	Ponto positivo, uma vez que com a possibilidade de conciliação, se esta obtiver sucesso, todo o resto do trâmite será desnecessário.
Art. 337. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias.	Possibilita que o réu formule pedido em seu favor sem a necessidade de promover reconvenção (petição autônoma).	Favorável pois simplifica a forma de realização de pedido do réu suprimindo o formalismo anteriormente existente em relação à reconvenção.
Art. 907. [...] Parágrafo único. Exceto os embargos de declaração, os recursos são interponíveis em quinze dias úteis.	Os recursos de apelação, agravo de instrumento, agravo interno, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência tem seus prazos uniformizados em 15 dias.	Ponto positivo, pois tal uniformização é de suma importância para a agilidade na resolução dos conflitos.

Embora existam inúmeros dispositivos que tiveram sua redação alterada bem como inúmeras outras mudanças, destacam-se os referidos porquanto relacionados diretamente à possível e efetiva consecução da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.

3. Da reforma processual civil partindo para a razoável duração do processo

Pela análise anteriormente realizada, pode-se afirmar que as reformas propostas são voltadas, na sua maioria, para a celeridade processual e a razoável duração do processo, uma vez que se utilizam da construção da doutrina crítica acerca das normas existentes e das características da sociedade emergente para formularem os artigos disciplinadores.

Conforme se extrai da leitura da Exposição de Motivos do Anteprojeto, a intenção do Novo Código de Processo Civil é gerar um processo mais célere e justo, por estar rente às necessidades sociais e ser muito menos complexo.

Percebe-se, ainda, que de nada adianta reformas de cunho legislativo se outras medidas não forem tomadas. Sendo que as reformas meramente pontuais menos resultados atingem, pois praticamente nada modificam, de outro lado se um código inteiro for reformado e atualizado pode, sim, fazer com que outras modificações, para além das normativas, aconteçam e, com isso, viabilize maior celeridade processual.

Assim, dentro de um olhar otimista, se afirma que as modificações advindas com o Novo Código de Processo Civil, lógico que não sozinhas, mas em conjunto com outros institutos, poderão fazer com que a duração do processo seja mais aceitável e as demandas sejam solucionadas de forma mais rápida e eficiente do que vem acontecendo, não repetindo as mesmas situações já experimentadas.

Resta evidenciado a todos os olhares que os meios de comunicação e as tecnologias, principalmente no que se refere à internet, modificaram a vida dos indivíduos, modificaram, também, a maneira com que os acontecimentos ocorrem. Sendo que o curto lapso temporal de tudo isso torna a noção de tempo, em relação ao direito, ainda mais transitória/rápida¹⁵.

15 NITSCHKE JÚNIOR, Ademar; PAVELSKI, Ana Paula. Razoável duração do processo e responsabilidade do Estado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. 1ª. Ed (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 14.

O ideal seria que a sentença fosse proferida o mais perto possível do momento que os fatos originadores do conflito de interesses aconteceram, porque dessa maneira o direito poderia ser plenamente tutelado. Porém, se é correto dizer que a justiça tardia traz injustiça, também é correto dizer que a justiça apressada, em algumas circunstâncias, é causa de injustiça¹⁶.

Tenta-se conceituar como deve ser um processo efetivo que assegure uma duração aceitável, ou seja, um processo deve durar desde que não importe no fim do direito posto em litígio. Contudo, apontando para a necessidade de uma reforma geral na legislação processual civil brasileira, é de conhecimento de todos que, a superação da morosidade será alcançada quando implantarem medidas de cunho social e econômico, as quais consigam reduzir o número excessivo de demandas que atualmente se encontram em tramitação e pelo contínuo aparelhamento e capacitação do Poder Judiciário. Isso não impede, todavia, que medidas sejam tomadas, tendo como norte o princípio constitucional da duração razoável¹⁷.

Ponto este fundamental para demonstrar que parte da doutrina brasileira clama por uma reforma na legislação processual civil e, por já referirem que as modificações pontuais não atenderam as necessidades sociais, entende-se que apoiam uma reforma geral no Código de 1973, como bem afirmou José Carlos Barbosa Moreira:

Ao longo dos últimos dez anos, vem sofrendo o Código de Processo Civil uma série de modificações, que de início, visavam a simplificar, a desburocratizar o procedimento, eliminando formalidades inúteis, e a dissipar dúvidas suscitadas por textos obscuros, mas pouco a pouco assumiram iniludivelmente proporções mais vultosas. A faina reformadora, vale observar, não constitui singularidade de nosso país no panorama contemporâneo: por toda parte fervilham anseios de mudança, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da Justiça civil, e elaboram-se códigos novos ou alteram-se os existentes¹⁸.

16 Op. Cit., p. 15

17 PORTO, Sergio Gilberto. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 103.

18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

No intuito de fazer cumprir a garantia constitucional da razoável duração do processo, é que se pensou e se formulou o Projeto para o Novo Código de Processo Civil, buscando agilizar a tramitação do procedimento, simplificando suas formas, considerando as críticas realizadas relativas ao Código vigente, bem como, as atuais necessidades da sociedade brasileira.

Porém, somente o fato de tornar o processo mais rápido, não cobre a satisfação de seus litigantes. O que se faz necessário é aperfeiçoar os mecanismos e diminuir a burocracia processual e, é claro, sem deixar que a celeridade prevaleça sobre a segurança jurídica das decisões¹⁹.

Nesse sentido, estão postas as normas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, pois contribuem para o aprimoramento dos mecanismos, minimizando a burocracia entre os participantes do litígio e entre os membros do Poder Judiciário, devendo existir a recíproca colaboração.

Pelo que se destacou no capítulo anterior, percebe-se que o Anteprojeto consegue abarcar várias garantias constitucionais que devem ser respeitadas e observadas no âmbito das garantias para que se atinja uma tutela jurisdicional justa, uma vez que: “A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito”²⁰.

Nesse sentido, “não é preciso esforço para que seja alcançada a conclusão que o CPC vigente não mais atende às necessidades atuais dos jurisdicionados. É incapaz de tornar concreto o direito à razoável duração do processo”²¹.

No mesmo sentido, acerca da reforma, afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero quando analisam o Anteprojeto: “[...] o Projeto desempenha o relevante encargo de patrocinar efeti-

19 MARIN, Jeferson Dytz. *Jurisdição e processo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 105. v. 2.

20 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 318.

21 SOUSA, Ulisses César Martins de. *Reforma do CPC vai garantir direito à razoável duração do processo*. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-22/reforma-cpc-garantir-direito-razoavel-duracao-processo>>. Acesso em: 22 Out.2010, s.p.

vo diálogo entre as fontes normativas do processo, sempre visando à otimização da interpretação das normas para consecução de um processo realmente idôneo para tutela dos direitos”²².

Se esta reforma proposta, que pode ou não ser aprovada, não conseguir satisfazer todos os anseios e as necessidades sociais ao menos dará condições mínimas para que a justiça célere e eficaz ocorra, ou seja: “Se um modelo ideal não é alcançado com essas medidas, [...], pelo menos criam elas condições favoráveis para o regular funcionamento da máquina judiciária, atendendo ao permanente conflito entre os valores segurança e efetividade”²³.

Por entender que o atual Código precisa dessa reforma proposta é que se menciona que: “Sem atenção à Constituição, ao direito material e à realidade social, um Código de Processo Civil pouco pode em termos de adequada, efetiva e tempestiva tutela das situações substanciais”²⁴.

Final, da maneira que o Código de 1973 está não pode continuar, senão prejuízos continuarão sendo causados às partes litigantes. Então, nada mais coerente do que se realize esta reforma processual, a fim de adequar o Código de Processo Civil às necessidades atuais dos cidadãos e, também, à Constituição Federal de 1988, pois não deve um Código existir com regras anteriores a Carta Maior do Estado, ou seja, “um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição”²⁵.

Por tudo isso, é que pode ser afirmado com sutileza que a reforma proposta pela Comissão de Juristas para formular o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é de suma importância para a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, que tenha o condão de fazer valer seus julgados, e esses com respeito aos princípios

22 MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52

23 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo No Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 208.

24 MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

25 Idem, p. 15

constitucionais da razoável duração do processo, do devido processo legal e do contraditório, a fim de que os litigantes possam ter uma solução realmente justa para seus conflitos.

Assim, como anteriormente mencionado, é preciso ir além, passar de medidas pontuais. Realizando uma reforma geral em todo o Código de Processo Civil, com a intenção de que este consiga efetivar o princípio constitucional da duração razoável do processo e, a partir disto, modificar a mentalidade dos operadores do direito, para que os mesmos aceitem as modificações propostas e atuem cada vez com maior agilidade, ética, lealdade e boa-fé.

Para isso é preciso ocorrer uma alteração de paradigma, como afirma Nery Júnior:

Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Mas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma com que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolve o processo administrativo e o judicial em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infra-estrutura e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativas adequada aos que dela necessitam²⁶.

Necessidade que se faz emergente é de serem promovidas alterações no modelo de aplicação das normas, ou seja, é preciso que as mentalidades dos operadores do direito modifiquem, bem como, que o Poder Judiciário realize investimentos na infra-estrutura para melhor atender as demandas adjacentes.

O próprio Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil normatiza os deveres das partes, mencionando como as mesmas devem atuar no processo, inibindo condutas meramente protelatórias e incentivando a agilidade processual, fazendo com que o papel das partes e seus procuradores tenha relevância quanto à duração da

26 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 318.

demanda em que atuam. Dessa forma, se agirem com boa-fé e lealdade processual terão, provavelmente, um processo solucionado brevemente ou ao menos uma lide que não demore desnecessariamente para acabar.

Entende-se, dessa forma, que não são apenas as partes que devem estar comprometidas com a resolução da lide, nem somente os juízes e os auxiliares da justiça, mas sim, todo o aparato do Poder Judiciário, todos os que de uma ou de outra forma acabam por se envolver na resolução da demanda. Afinal, todos aqueles que atuam dentro do processo devem o fazer de forma leal para com o princípio da razoável duração do processo, não bastando esforços isolados apenas de alguns.

Por isso, acerca da duração do processo e da verificação em cada caso concreto a ocorrência de violação a este direito, afirma Paulo Hoffman que: “os critérios adotados pela Corte Européia dos Direitos do Homem [são]: a) complexidade do caso; b) o comportamento das partes; c) o comportamento dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição interna de cada país”²⁷.

Assim, é direito de toda a sociedade, quando tenha um litígio posto em juízo para solucioná-lo, que esse acesso seja adequado a sua realidade, sendo que os julgadores devem estar inseridos dentro desta realidade, além, é claro, do comprometimento com a realização de uma justiça próxima aos anseios sociais. Por essa razão é que o juiz precisa inserir-se na sociedade, olhar de perto os problemas dos cidadãos, devendo dialogar com as partes, em vez de permanecer intocável.

Sendo que a preocupação com temas processuais constitui condição favorável para identificar posturas que se revelam inadequadas, favorece também o formalismo de modo a empregar devidamente a técnica processual, pois não é certo desviar a atenção da real situação de direito material para o modo de como se comportam processualmente. Nesta mesma argumentação, “o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar

27 HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Jusnavigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 26 mai. 2010, s.p.

de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento”²⁸.

Claro é que a celeridade está ligada ao modo de como se dá o curso do processo, ao modo como cada participante atua, suas alegações, seus recursos, a produção de provas, entre outros. Então a celeridade com que cada procedimento deve desenrolar-se constitui marca fundamental de certos fatores para dar maior efetividade, solucionando rapidamente um litígio.

A partir disto, pode-se chegar a um denominador comum, qual seja, o comprometimento daqueles que são responsáveis pela prestação jurisdicional com a participação das partes dentro do litígio, a fim de que o Judiciário cumpra suas funções e as partes litigantes saiam satisfeitas com o resultado obtido. Até porque, muitas vezes é melhor obter rapidamente o resultado, independente de qual seja (seja ele procedente ou improcedente) do que ficar anos e anos aguardando uma decisão, da qual haverá um recurso, e que pode não satisfazer nem demandante e nem demandado, face à demora do resultado.

Conclusão

A partir disto, considerando as ansiedades da atual sociedade brasileira no âmbito da prestação judiciária, percebe-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil busca, na maioria de suas normas, atender as emergências relativas à razoável duração do processo, observando os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da efetividade processual, e com isso procura obter uma prestação jurídica justa.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Nota-se que, dos artigos analisados, a grande maioria tende a contribuir para a celeridade processual. Especialmente os artigos 4º e 5º, os quais normatizam o direito das partes em terem uma solução rápida e de participarem no processo de forma cooperativa, bem como, os artigos 334 e 335, cuja contestação será apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, podendo antes haver audiência de conciliação, não existindo mais a possibilidade de exceção ou reconvenção, devendo a matéria ser alegada em preliminar de contestação.

Além destas, também auxiliam, as normas acerca das condições da ação, da cooperação nacional e recíproca entre os envolvidos no processo, dos deveres do juiz, relativamente a como conduzir uma demanda para que seja rápida, bem como, tentar pacificar o conflito, dos atos processuais que não dependem de forma específica para serem válidos, da fixação do valor da causa, do rol de testemunhas, da simplificação da intervenção de terceiros, do cumprimento de sentença que substituiu a citação por intimação, da exclusão do agravo retido, da resolução de demandas repetitivas e do prazo unificado para os meios de impugnação na seara dos recursos.

Alguns dispositivos, não obstante o objetivo precípua do novo código, revelam-se desfavoráveis a celeridade processual, tal como os artigos 174 e 320, pois esses tendem a aumentar a duração da demanda, uma vez que normatizam a contagem de prazo somente em dias úteis e disciplinam possibilidade de intervenção de pessoa especializada na lide.

Pode-se concluir que a reforma, apesar da necessidade de ajustes, favorece a construção de demandas que possam ser solucionadas de forma ágil e célere, sem deixar de lado as garantias constitucionais elencadas no capítulo primeiro.

Evidentemente que para além da reforma legislativa revela-se necessária uma reforma na consciência dos operadores do direito inculcando o dever de colaboração e cooperação das partes de modo a contribuir com a célere resolução da lide, a fim de que o Judiciário cumpra suas funções e as partes litigantes saiam satisfeitas com o resultado obtido.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. Jusnavegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 26 mai. 2010.

MARIN, Jeferson Dytz. *Jurisdição e processo*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NITSCHKE JÚNIOR, Ademar; PAVELSKI, Ana Paula. Razoável duração do processo e responsabilidade do Estado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo No Processo Civil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PORTO, Sergio Gilberto. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUSA, Ulisses César Martins de. *Reforma do CPC vai garantir direito à razoável duração do processo*. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-22/reforma-cpc-garantir-direito-razoavel-duracao-processo>>. Acesso em: 22 Out.2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

Recebido em: abril de 2011

Aprovado em: junho de 2011

IMPEACHMENT: PEÇA DE MUSEU?

IMPEACHMENT: MUSEUM PIECE?

Sérgio Resende de Barros*

Resumo: O presente trabalho analisa o *impeachment* com o fito de verificar se o instituto se tornou uma peça de museu. Utilizando o método histórico-conceitual, o texto traça as principais vicissitudes históricas que vieram a moldar, atualmente, o referido instituto no Estado republicano, particularmente no Brasil. Após tratar do impeachment em sua origem e evolução na Inglaterra e em seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América, o texto cuida do direito nacional e, por análise histórica, apresenta as modificações e as características com que o instituto se sedimentou no Brasil, concluindo pela sua necessidade como forma de consolidar e garantir a República Federativa como Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: *Impeachment*; método histórico-conceitual; direito constitucional brasileiro; direito comparado; direito inglês; direito norte-americano; Estado democrático de direito.

* Mestre, doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Professor em curso de extensão da Faculdade de Direito da Universidade dos Estudos de Udine, ITÁLIA. Professor em curso de verão da Universidade Internacional Menéndez Pelayo, ESPANHA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Membro do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Titular da Cadeira nº 44 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. E-mail: <profsrbarros@uol.com.br>. Site: <www.srbarros.com.br>.

Abstract: The following paper analyses the *Impeachment* with the aim of verifying if its institute has become a museum piece. Using the historical and conceptual method, the text traces the main historical variations that came to shape, nowadays the referred institute on the republican State, particularly in Brazil. After dealing with the *impeachment* in its origin and evolution in England and its development in United States of America, the text cares about national rights and, by historic analysis, presents the modifications and the characteristics with which the institute is sedimented in Brazil, concluding by its necessity as form to reinforce and guarantee the Federative Republic as Democratic State.

Keywords: *Impeachment*; historical-conceptual method; Brazilian constitutional right; compared right; English right; North American right; Democratic State of Law.

Introdução

Tradicionalmente, como indica o seu próprio nome em inglês¹, o *impeachment* sempre teve por finalidade impedir o mau exercício de um cargo ou função, sobretudo de natureza política, com vistas a salvaguardar o Estado contra a ruína do seu governo e a deterioração da sua governabilidade.² Hoje, conceituado genericamente, o

1 O verbo to impeach não é freqüente na língua inglesa em seu sentido original, no qual é sinônimo de to hinder, significando impedir o avanço ou a continuação, reter, deter, obstruir. Daí, o substantivo *impeachment*, cujo significado é impedimento. Evoluindo desse sentido original, o verbo e o substantivo vieram a ser usados no sentido de fazer objeção a, impedir de continuar, denunciar, acusar, como também para designar a ação, o ato ou o efeito de fazer acusações de má conduta contra um agente estatal perante um tribunal ou órgão público que o processará e julgará. Nessa última acepção enquadra-se o instituto do *impeachment*, aqui enfocado, para cuja denominação a doutrina brasileira tem estranhado o termo impedimento, tradução literal de *impeachment*, preferindo usar o termo inglês, devidamente posto entre aspas ou em itálico ou negrito.

2 Sobre o conceito de governabilidade, ver: BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 449.

impeachment é um processo de natureza política destinado a apurar e punir condutas antiéticas graves, instaurado, processado e julgado por órgão parlamentar, contra um agente estatal de alto nível, para impedi-lo de continuar na função pública, mediante sua remoção do cargo ou função atual e inabilitação para o exercício de qualquer outro cargo ou função por um certo tempo. Eis como o *impeachment* se apresenta na atualidade, consoante um conceito e uma prática em que – plenamente emancipado de seu ancestral monárquico – ele se tem revelado um instituto destacadamente republicano. Mas se tem revelado eficaz? É peça de museu?

A doutrina brasileira tinha por ineficaz o instituto do *impeachment*. Para o fim de promover a responsabilidade presidencial, não enxergava nele “senão um tigre de palha”. Não era “sequer um canhão de museu”, que pudesse figurar “entre as antigualhas históricas, recolhido à secção arqueológica de uma armaria”. Era “apenas um monstro de pagode... medonho na carranca e nas garras imóveis”. Assim o caricaturou Rui Barbosa.³ Noutra passagem, cotejando os males dos sistemas de governo, Rui manteve a depreciação, aduzindo que o presidencialismo se ressentia “da ausência de responsabilidade, que, reduzida, nas instituições americanas, ao *impeachment* do Chefe da Nação, não passa de uma ameaça desprezada e praticamente inverificável”.⁴

A experiência histórica o revelara assim caricato e depreciado. De fato, o *impeachment* realmente se afigurava “inepto para realizar os fins que lhe foram assinados pela Constituição”. Indisfarçavelmente, não assegurava, “de maneira efetiva, a responsabilidade política do Presidente da República”.⁵ Em suma, “a doutrina era unânime: tratava-se de uma peça de museu”. Tudo isso, “até o caso envolvendo o Pres. Collor”.⁶ O caso Collor mudou o *impeachment*? Em

3 BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. 1931. p. 97.

4 BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Seleção, organização e notas de Virgínia Cortes de Lacerda. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995. p. 1.038.

5 PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 201. Esse estudo, cujo texto original foi escrito à luz da Constituição de 1946, editado primeiramente pelas Oficinas Gráficas da Livraria do Globo S.A. de Porto Alegre, tornou-se a obra clássica do constitucionalismo brasileiro sobre o *impeachment*.

6 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 165.

verdade, o *impeachment* do Presidente Fernando Collor alcançou a mais ampla e retumbante repercussão popular. Não poderia, por isso mesmo, passar sem deixar algum rastro na prática política brasileira.

1. O caso Collor

Em si mesmo, como teoricamente considerado e conceituado, o *impeachment* não foi alterado pelo caso Collor. Entretanto, foi modificado nas condições de sua existência prática. No curso do processo do Presidente Collor, o *impeachment* se tornou popular – divulgou-se entre o povo – no Brasil. Antes, jazia na Constituição, à distância do povo. O episódio Collor confirmou-lhe, no Brasil, uma nova qualidade, que já despontara nos Estados Unidos com o caso Nixon e depois se confirmou no caso Clinton: a de instrumento de interação do povo com a representação parlamentar mediante os meios eletrônicos de comunicação de massa.

A esse recondicionamento do *impeachment* pela comunicação eletrônica, não pode permanecer insensível a doutrina constitucionalista brasileira. Ainda mais, quando se verifica entre nós que – por coincidência ou por decorrência, pouco importa – essa revitalização do *impeachment* se deu em condições institucionais geradas pelo direito constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 não se limitou a recompor a democracia brasileira, mas corajosamente rompeu tradições para alargá-la com o voto dos menores relativamente incapazes, dos analfabetos e dos soldados e praças-de-pré, bem como para autenticá-la com institutos de manifestação direta e maciça do povo, ainda que essa prática da democracia direta tenha sido dificultada pela própria Constituição, às vezes, como, por exemplo, na iniciativa popular das leis, pela absurda exigência de cerca de um milhão de assinaturas formulada pelo § 2º do art. 61.

O *impeachment* Collor envolveu a figura aguerrida de um Presidente com boa fluência de expressão, que havia sido recentemente eleito pela crença do povo na prometida renovação dos usos e costumes políticos e administrativos: a caça aos marajás. Particularmente, o cer-

tame eleitoral tocou na esperança da juventude que, com a ampliação do seu direito de voto, pela primeira vez participara decisivamente do processo eleitoral. Fruto das urnas condicionadas ao diálogo eletrônico dos candidatos com a massa popular, após duas décadas de eleições indiretas predeterminadas pelas decisões secretas de um regime autoritário, o jovem Presidente não cedeu à hipótese de alguns lhe tirarem o mandato que milhões lhe deram. Obcecado por sua ascensão pelo povo e sobre o povo, desafiou os representantes igualmente eleitos pelo povo e, por meios inusitados porque recentes, valeu-se da tecnologia eletrônica para, em comunicação direta com as massas populares, jogar as urnas contra as urnas, nas quais todos eles – o Presidente desafiante e os congressistas desafiados – haviam obtido o poder.

Esse jogo, gerando uma contradição interna à democracia brasileira, então recém-restaurada, trouxe a decisão para as ruas e, com ela, o *impeachment*. Despertou o clamor popular. Mas, a popularidade redimiu o *impeachment* da antiga pecha de ineficácia? Não. A pecha é que era imerecida. O rótulo peça de museu é discutível, pois desde há muito um fato é certo: se o *impeachment* perdeu utilidade nas monarquias por efeito necessário do parlamentarismo, a cujo evoluir na Inglaterra serviu de alavanca⁷ antes de cair em desuso, já nas repúblicas presidencialistas esse efeito suicida não se deu: não se atrofiou o *impeachment* nem mesmo onde – como no Brasil – tenha o presidencialismo descambado para o presidentismo⁸.

De fato, o *impeachment* republicano tem sido praticado. Mesmo que haja sido abandonado pelas monarquias constitucionais, o *impeachment* está presente nas constituições republicanas, por cuja prática não foi esquecido. Tanto mais, quando se tem em vista que sua prática não consiste apenas na sua consumação pelo julgamento final, ao qual nem sempre se chega, mas abrange também os episódios inúmeros em que sua admissão ou instauração ou sua mera

7 Sobre o *impeachment* como alavanca do surgimento do parlamentarismo a partir da monarquia limitada, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso... op. cit. p. 145 s.

8 Para designar a degeneração do presidencialismo nas repúblicas latino-americanas, decorrente da concentração e demasia de poderes nas mãos do Chefe do Estado, do Governo e da Nação, tal como de há muito vem ocorrendo no Brasil, cunhei o termo presidentismo. É a exageração do presidencialismo, a tal ponto que, em vez de um presidente da república, na realidade se tem uma república do presidente. O termo tem sido aceito na doutrina (cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 100).

ameaça tem sido bastante para produzir o efeito ético que lhe é próprio, seja quando provoca a renúncia do acusado, seja quando ao menos faz o acusado retornar aos padrões da moralidade política e administrativa de que se vinha afastando.

2. O clamor popular

Ao longo dessa prática secular, outro fato se vem tornando evidente: o termômetro do *impeachment* é a vox populi. Sem a voz do povo, o *impeachment* é um instituto mudo ou tartamudo. Ela o exige e o impulsiona e, até, em certos casos, o dispensa. Antes dos representantes eleitos pelo povo, é o próprio povo que admite ou rejeita o processo, condena ou inocenta o acusado. Assim é o *impeachment* republicano: uma função política em que o povo e a representação popular agem um em razão do outro: a representação reage na razão direta da pressão popular. Essa condição de existência do *impeachment* – interação direta com a voz do povo, condição até então latente – ficou patente entre nós com o caso Collor, bem como nos Estados Unidos com o caso Clinton. Esses casos revelaram algo que já era nativo e inerente ao *impeachment*: a instância popular, o clamor popular, a necessidade de participação direta e efetiva do povo no processo político de deposição dos mandatários por ele eleitos. É preciso que o povo queira e manifeste claramente o que quer. Caso contrário, o *impeachment* pode ser processado e decidido ou arquivado por mera decisão parlamentar, desconsiderando a vontade popular.

De fato, o *impeachment* não só nasceu, mas vive do clamor popular. Quando o povo o clama e reclama, o *impeachment* ganha vida. Quando não, é algo inerte, de que logo se esquece. Torna-se um banquete insípido, a que poucos comparecem. Ou, ainda apelando para a metáfora, uma caldeira apagada, que facilmente se enferruja. Mas, se o condimenta e o aquece o clamor do povo, o *impeachment* adquire o sabor da democracia e ferve e, por sobre o fogaréu popular que por baixo o sustenta, serve à assepsia democrática: é um processo pelo qual se afastam os germes patogênicos que adoecem o governo republicano.

Por tudo isso, semelhantemente ao que se passa com um vulcão, também do *impeachment* nunca se pode dizer que ele adormeceu para sempre. Ao silêncio pode suceder o clamor. A trepidação do povo nas ruas pode acordá-lo na história das repúblicas. Como de fato o acorda reiteradamente. Assim aconteceu no Brasil há pouco tempo, em um quadrante republicano que, talvez apenas nesse aspecto, realmente perfez o quadro de uma nova República, a qual na sua realidade histórica não tem sido tão cidadã quanto se apregou de sua Constituição.

Nada justifica, pois, a aposentadoria compulsória do *impeachment* republicano. Em vez de o recolher ao ócio dos museus e guardar os seus estudos nos caixotes dos sebos, a história do presidencialismo – até por seus episódios mais recentes, da última quadra do século XX – aconselha à doutrina deixá-lo bem visível nas estantes atuais do direito constitucional, daí podendo descer para as ruas, onde a prática do povo dá eficácia social à eficácia jurídica do constitucionalismo.

3. Origem e evolução na Inglaterra

Típico do direito ocidental, o *impeachment* nasceu na Inglaterra como processo criminal. Daí, passou aos Estados Unidos, onde perdeu a natureza criminal, tornando-se um procedimento estritamente político. Esses países lhe marcaram o desenvolvimento, gerando dois tipos históricos de *impeachment*: o criminal e o político.

O criminal nasceu no direito medieval em congruência com o próprio surgimento da representação política das únicas classes que podiam estar em parlamento com o rei: os nobres feudais e os novos burgueses enriquecidos, aqueles ainda senhores dos feudos e estes já deles libertos pelo mercantilismo. Em meio a essa tríplice estrutura,

em que o rei (a Casa Real) entra em parlamento⁹ com os nobres leigos e clericais (a Casa dos Lordes) e com os burgueses (a Casa dos Comuns), o *impeachment* nasceu, viveu e morreu em função da correlação de forças por efeito da qual tem evoluído o governo inglês: the king in parliament.¹⁰ Mas, antes de perder sua força, o *impeachment* se implantou na então jovem Constituição dos Estados Unidos da América, onde germinou com uma qualidade que lhe garantiu sobrevivência com vida nova: abandonando as punições físicas e patrimoniais, tornou-se um procedimento que, em si mesmo, é de consequência somente política. Nessa mutação, na origem do Estado contemporâneo, tendo por berço uma constituição escrita, a dos Estados Unidos, nasceu o *impeachment* republicano, sucessor do *impeachment* monárquico, que nascera na origem do Estado moderno, embalado no berço de uma constituição costumeira, a da Inglaterra.

Entre os ingleses, as origens do *impeachment* remontam aos séculos XIII e XIV, quando ele despontou como um meio de instaurar nas casas parlamentares uma investigação com vistas a prover a punição de alguém que era acusado pelo clamor público. Em 1283 houve um procedimento tal – que alguns apontam como o pioneiro – contra um certo David, conhecido como “o irmão de Llewellyn”. Outros se seguiram, como o de Thomas, Conde de Lancaster, em 1322, o de Roger Mortimer e o de Simon de Beresford, em 1330, e o do Arcebispo de Cantuária, John Stratford, que foi acusado ante o Parlamento, em 1341, com base em denúncias notoriamente difamatórias. Esses casos pioneiros ainda não eram o *impeachment* propriamente dito. Mas aí ele despontava.

Casos mais típicos se configuraram na segunda metade do século XIV. Em 1350, o de Thomas de Barclay. Em 1376, o procedimento instaurado contra um mercador de Londres, chamado

9 O substantivo parlamento se origina do verbo *parlare*, que significa falar. Em seu significado nativo, a palavra parlamento significa “falamento”.

10 A doutrina inglesa se refere ao parlamento dizendo the king (ou queen) in parliament. Na Inglaterra remota, the king in parliament era o processo político rudimentar em que, respeitadas as respectivas casas, as forças vivas da nação inglesa em surgimento entravam em diálogo: o rei, a nobreza e o alto clero tradicionais e a burguesia nascente.

Richard Lyons, atingiu a pessoa de William, Lorde Latimer, o que – além de dar ao instituto bem maior repercussão – iniciou uma característica que mais tarde se reafirmou e persistiu: os réus do *impeachment* são políticos. Ademais, esse foi o primeiro caso em que as casas do Parlamento racionalizaram o *impeachment*, convertendo-o em processo e julgamento definitivos, tendo os Comuns como acusadores e os Lordes como julgadores. Nessa mesma conjuntura também se dá e se afirma a possibilidade de *impeachment* contra uma mulher: Alice Perrers, em 1377. De qualquer modo, acerca do *impeachment*, variam as conclusões quanto à data em que o processo surgiu e à personagem que o inaugurou.¹¹

Após a acusação de William de la Pole, Duque de Suffolk, em 1450, e o julgamento de William, Lord Stanley, em 1459, a frequência das acusações diminuiu. Em 1529 e 1549 foram atacados, respectivamente, o Cardeal Wolsey e Sir Thomas Seymour. O *impeachment* caiu em desuso até o século XVII. Foi reativado em 1620, quando serviu aos Comuns para atacar os monopólios de Sir Giles Momperson. Os Comuns entenderam que não o poderiam processar senão com base em uma competência política própria das casas do Parlamento e, para isso, sugeriram aos Lordes a restauração do *impeachment*, ao que se opôs o rei, Jaime I, mas sem êxito. Cada vez mais cômicos do poder de sua nova arma, os Comuns passaram a atacar altas personalidades do Reino, como Francis Bacon, o Visconde de Saint Albans, o Conde de Middlesex e outros, inclusive os ministros do rei que perdiam a confiança dos parlamentares.

No caso Danby, decidiu-se que o *impeachment*, procedimento próprio das casas parlamentares, não era alcançado pelo poder de perdão, prerrogativa própria do rei. Essa limitação impediu ao rei salvar do *impeachment* os seus ministros. Confirma-se, dessa maneira, o instituto, como um instrumento de pressão sobre os ministros do rei. O *impeachment* tinha natureza penal, mas o monarca não podia agraciar os condenados, nem cabia apreciação judicial das decisões nele tomadas. Estava, pois, nas mãos do Parlamento caracterizar ou não a conduta de um ministro como criminosa.¹²

11 Cf. PINTO, Paulo Brossard de Souza. op. cit. p. 26. Ver tb. nota de rodapé 75.

12 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso...* op. cit. p. 146.

Também no *impeachment*, a Casa dos Lordes, que é o mais alto tribunal do Reino Unido da Grã-Bretanha, funcionava como tribunal judiciário.¹³ Por simples maioria, podia condenar a penas terríveis – multas, confisco de bens, desonra, exílio, prisão e, até mesmo, morte – que implicavam, obviamente, o afastamento do cargo político eventualmente ocupado pelo réu. Para escapar a tais punições, os ministros renunciavam antes de ser instaurado o *impeachment*, evitando o processo diante da simples ameaça de serem processados. Gerou-se aí o hábito de renunciar ao cargo o ministro que caía em desgraça ante a casa parlamentar. Esse hábito, definitivamente firmado como tradição do reino inglês, tornou-se uma das características básicas do parlamentarismo.

Realmente, de 1621 a 1715, em cerca de cinquenta julgamentos realizados, foi rechaçada a tentativa de restringir o objeto e as consequências do processo. Mas, ao atacar pessoalmente os ministros, de fato os Comuns estavam atacando a política do ministério. Aí se firmou o costume de atender o ministério às políticas discutidas e traçadas nas casas parlamentares, sobretudo pelos Comuns, e de renunciar o ministro ao perder a confiança parlamentar. Com isso, desviando do rei para o parlamento a responsabilidade política do ministério, o *impeachment* se tornou um dos principais instrumentos institucionais pelos quais se forjou o parlamentarismo na Inglaterra. Foi uma alavanca com a qual os parlamentares comuns, que em sua grande maioria representavam a burguesia, ergueram o parlamentarismo contra o absolutismo do rei.

Eram grandes, no entanto, as limitações e os inconvenientes do *impeachment*. Constituíam ele uma mescla bastante complexa de processo penal com procedimento político, em que se assegurava amplo direito de defesa, provocando debates longos e desgastan-

13 Ainda é a Casa dos Lordes o mais alto tribunal judiciário da Grã-Bretanha. Leia-se esta notícia recente, originada da agência Reuters e estampada no jornal O Estado de S. Paulo: “Uma novela jurídica cujos primeiros capítulos datam de 2002 chegou ao fim ontem. Sharbina Begum, uma garota muçulmana de 17 anos, não poderá frequentar sua escola vestindo o jilbab – a túnica que cobre a mulher da cabeça aos pés. O veredicto foi da Câmara dos Lordes, a mais alta corte de Justiça britânica, que deu ganho de causa à Denbigh High School de Luton, norte de Londres.” (Cf. O ESTADO DE S. PAULO, São Paulo, 23 mar. 2006. p. A 16.).

tes. Daí, com o tempo, a preferência pelo bill of attainder, que era uma lei, procedimento puramente legislativo, pelo qual se podia condenar alguém, extinguindo-lhe os direitos civis e políticos, simplesmente ex vi legis, vale dizer, por força de uma lei aprovada sem maiores controvérsias e delongas.

O poder do parlamento de impor tais leis punitivas se estabeleceu claramente no século XV. Durante as Guerras das Rosas¹⁴ vários bills of attainder foram usados pelas facções rivais para se livrarem dos líderes, umas das outras. Henrique VIII induziu parlamentares subservientes a aprovar tais leis contra ministros nos quais tinha perdido a confiança. Quando se reavivaram os *impeachments* nos reinados de Jaime I e Carlos I como método de excluir do parlamento ministros desagradáveis, alguns bills of attainder provaram ser mais expeditos para o mesmo fim, como no famoso caso do Conde de Strafford, condenado e decapitado em 1641. Diversamente do *impeachment*, que era um procedimento judicial desenvolvido na Casa dos Lordes diante de acusações feitas pela Casa dos Comuns, o bill of attainder era um ato legislativo adotado por ambas as casas com a sanção formal do rei. As ofensas aí imputadas eram usualmente caracterizadas como traição, mas sem ter de satisfazer as tipificações legais fixadas para este ou aquele crime. No fim, esse instituto acabou por receber repulsa geral, pois negava ao acusado um processo adequado e operava ex post facto, transformando em crimes – mas após terem sido cometidos – atos politicamente adversos à facção dominante. Pelo que veio a ser proibido na Constituição dos Estados Unidos da América e caiu em desuso na Grã-Bretanha.

Tal como o veto, que foi usado pela última vez em 1703 pela Rainha Ana, também o *impeachment* caiu definitivamente em desuso na Inglaterra a partir do caso em que Lorde Melville, em 1806, foi acusado de malversação das finanças do Almirantado. No entanto, diferentemente do bill of attainder, foi o *impeachment* mantido na Constituição norte-americana, mas com substancial mutação.

14 “A rosa branca de York” e “a rosa vermelha de Lancaster” foram tomadas como distintivos para marcar os grupos rivais que, com ferocidade ímpar na história da Inglaterra, travaram uma série de guerras civis nos reinados de Henrique VI, Eduardo IV e Ricardo III. Daí, o nome plural: *Guerras das Rosas*.

4. Mutação e evolução nos Estados Unidos

O constitucionalismo da primeira hora insurgiu contra o absolutismo dos reis, na passagem da era moderna para a era contemporânea. Buscou control -lo por dois mecanismos, então havidos por necessários e suficientes para essa finalidade: a separa o de poderes, mecanismo interno, disposto no interior do poder, e a declara o de direitos, mecanismo externo, oposto do exterior ao poder. Ambos surgiram com o empirismo inglês, de forma natural, ao longo do seu constitucionalismo costumeiro. Depois, aperfeiçoaram-se com o racionalismo francês e o pragmatismo norte-americano, os quais – de forma elaborada – puseram em a o uma prática inédita: a de escrever a constitui o do Estado, dotada desses dois mecanismos, para limitar o poder político. Os norte-americanos inauguraram essa prática não são com a Constitui o do Estado da Virgínia, editada em junho de 1776, antes da Declara o de Independência de 4 de julho de 1776, mas sobretudo com sua Constitui o nacional, que entrou em vigor em 1787. Destacadamente nesta última, aprimoraram a separa o de poderes, que já fora racionalizada e radicalizada na doutrina de Montesquieu¹⁵.

No governo colonial, os americanos haviam entrado em contato com alguns aspectos da divisão e separa o e, depois, da colabora o e integra o de poderes, praticadas empiricamente pelos ingleses. Mas, sobretudo, a respeito da excelência da separa o rigorosa de poderes, tiveram uma notícia racionalizada e entusiástica na leitura de Montesquieu. Adotaram-na com todo o rigor. No entanto, para aprimorá-la ainda mais, em face da peculiar necessidade de limitar o poder federal, desenvolveram o que chamaram de checks and balances: freios e contrapesos que, embora já esboçados por Montesquieu, s  vieram a ser incrementados teórica e praticamente nos Estados Unidos.

Era atual e enorme a preocupa o das ex-col nias com o controle do poder. Mal haviam se libertado da opressão da monarquia metropolitana e se proclamado repúblicas soberanas, viam-se perante um desafio histórico assustador e instigante: sob pena de

15 SECONDAT, Charles-Louis, Barão de la Br de e de MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. Texto estabelecido com uma introdu o, notas e variantes por Gonzague Truc. Paris: Éditions Garnier Fr res, 1949. 2 tomos. 1  tomo. livro XI. cap. VI. p. 163 s.

não reunir condições de progresso e, pior, soçobrar diante do revanchismo da metrópole, deveriam criar acima de si mesmas um poder que as unisse, mas em cujas mãos gigantescas poderiam, do mesmo modo, perder a liberdade recém-conquistada. Para consolidar sua união, foram forçadas pela necessidade histórica a escrever uma constituição – que resultou numa obra-prima da engenharia jurídico-política – na qual desenvolveram a forma de estado, o regime, o sistema e a forma de governo que lhes convinham. Para tanto, valeram-se de institutos e instituições que – embora vários de origem e finalidade – souberam genialmente adaptar e unir num só organismo estatal. Tais, como The Senate, inspiração romana, que conjugaram com The House of Representatives, herança das colônias, para formar The Congress of the United States of America. Do mesmo modo, hauriram da Inglaterra e da França aqueles dois mecanismos de limitação do poder: a separação de poderes e a declaração de direitos.

Foi com a finalidade específica de aprimorar a separação de poderes que os constituintes norte-americanos retomaram dois institutos que há muito estavam em desuso na Inglaterra: o veto e o *impeachment*, que introduziram entre os checks and balances. Para esse fim, tiveram de discriminar ou descriminalizar o *impeachment*, dando-lhe uma finalidade exclusivamente política. Portanto, a descriminação ou descriminalização do *impeachment* nos Estados Unidos deveu-se ao seu aproveitamento e inclusão como uma das peças do mecanismo de checks and balances entre os Poderes.

No procedimento constitucional do *impeachment*, em sua Constituição federal, os norte-americanos outorgaram à Casa dos Representantes a exclusividade da denúncia e ao Senado a do julgamento (art. I, seç. 2, cl. 5 e 6) do Presidente, Vice-Presidente e todos os agentes públicos civis, a fim de serem afastados de seus cargos e funções, por traição, suborno ou outros altos crimes ou más condutas (art. II, seç. 4). Não são muitos os casos de *impeachment* realmente concluídos por julgamento do Senado, ainda que maior seja o número de ameaças ou de processos instaurados, os quais – como no célebre caso do Presidente Nixon – foram frustrados pela renúncia do acusado.

A renúncia do agente, após ser formalmente acusado, tem sido considerada uma solução mais prática, que põe fim ao pro-

cesso, apesar do decidido no caso Belknap. Em 1876, William Belknap, ex-Secretário da Guerra, foi acusado de aceitar vantagens de um funcionário que ele mesmo nomeara para um empreendimento comercial do exército. O Senado não aprovou a tese de que ele não poderia ser processado porque havia renunciado; e o condenou. Dos processos concluídos, apenas um teve por acusado um Presidente dos Estados Unidos. Em 1868, o Presidente Andrew Johnson foi formalmente acusado de violar um ato do Congresso, ao qual estaria enfrentando, pela tentativa de exoneração do Secretário da Guerra, Edwin M. Stanton. Foi absolvido por um voto de vantagem. Caso interessante foi o do senador William Blount, acusado em 1797 de conspirar e planejar a sublevação dos índios creeks e cherokees contra o Rei da Espanha. O Senado decidiu que um senador não era um agente civil no sentido em que o termo é empregado pela Constituição. O *impeachment* foi arquivado, mas, mesmo assim, o mandato de Blount foi cassado.

Nos Estados Unidos é generalizada a crítica ao *impeachment* no sentido de considerá-lo um procedimento tumultuado, favorecendo discussões paralelas e evasivas, incompatíveis com a linearidade e celeridade requeridas diante de fatos político-administrativos tão graves como a traição, o suborno e outros. Não obstante, não têm logrado êxito as tentativas de emendar a Constituição para reformar ou substituir o *impeachment*, por ser ele considerado um dos mais importantes checks and balances (freios e contrapesos) da separação de poderes no constitucionalismo norte-americano. De qualquer modo, os recentes episódios envolvendo os Presidentes Nixon e Clinton não permitem afirmar que o *impeachment* está esquecido nos Estados Unidos.

5. Chegada ao Brasil

A primeira constituição brasileira, a do Império, de 25 de março de 1824, admitiu um processo penal – que não é propriamente *impeachment* – contra os Ministros de Estado, responsabilizando-os

“por traição, por peita, suborno, ou concussão, por abuso do Poder, pela falta de observancia da Lei, pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos, por qualquer dissipação dos bens publicos” (art. 133). “Uma Lei particular especificará a natureza destes delictos, e a maneira de proceder contra elles” (art. 134). Foi essa a finalidade da Lei de 15 de outubro de 1827. Enfim, “não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escripto” (art. 135). Também se instituiu na Constituição do Império uma ação popular de natureza penal contra “todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça”, os quais – segundo o art. 156 – “são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar”. O art. 157 completa: “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.”¹⁶ Por oportuno, note-se que aí se tem a primeira manifestação da ação popular no constitucionalismo brasileiro.

Verdadeiramente, o *impeachment* chegou ao Brasil com constitucionalismo republicano, o qual já desde o início fugiu ao modelo anglo-saxônico, pois este não limitava a alguns agentes públicos, mas estendia a quase todos eles o alcance do instituto. Na primeira Constituição republicana brasileira, a de 1891, reserva-se o *impeachment* para o Presidente da República e para Ministros de Estado em crimes conexos com o Presidente, competindo à Câmara dos Deputados declarar a procedência ou não da acusação (arts. 29 e 53). Funda-se o *impeachment* em crimes de responsabilidade (art.53) definidos na Constituição em termos básicos e genéricos (art. 54). Declarada a procedência, o Presidente era afastado de suas funções (art. 53, parágrafo único) e cabia ao Senado o julgamento (arts. 33 e 53), a cuja deliberação presidia o Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 33, 1o). O quórum de deliberação era de dois

16 Cf. CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 807. Mantida a ortografia original. Neste estudo, todas as citações de Constituições do Brasil, exceto as referentes à Constituição hoje em vigor, foram tiradas dessa compilação de Adriano e Hilton Campanhole, na qual sempre se mantém a ortografia original de cada Constituição.

terços dos membros presentes (art. 33, 2o). Não se previam “outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro”, mas “sem prejuízo da ação da justiça ordinaria contra o condenado” (art. 33, 3o). Nesses termos, o *impeachment* republicano assumiu no constitucionalismo brasileiro um contorno básico do qual conserva traços até hoje, evoluindo com variações pelas sucessivas constituições: a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969.

6. Evolução no Brasil

A Constituição de 1934 reduziu o Senado a colaborador da Câmara dos Deputados no exercício do Poder Legislativo. Tirou-lhe, entre outras competências, a de processar e julgar o *impeachment*, ao qual deu contornos inovadores. Após o art. 57 fixar as matérias em relação às quais a lei definiria os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o art. 58 criou um Tribunal Especial para processá-lo e julgá-lo por esses crimes. O Tribunal Especial teria como presidente o da Suprema Corte, sendo composto de nove Juizes: três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente teria apenas voto de qualidade. Prosseguindo, o § 1º desse art. 58 estabelece que a escolha dos Juizes do Tribunal Especial se faria por sorteio dentro de cinco dias úteis depois de decretada a acusação, que seria superveniente à denúncia. “A denuncia será oferecida ao Presidente da Côrte Suprema, que convocará logo a Junta Especial de Investigação, composta de um Ministro da referida Côrte, de um membro do Senado Federal e de um representante da Camara dos Deputados, eleitos annualmente pelas respectivas corporações” – é o que dispõe o § 2º do art. 58. Essa Junta deveria, a seu critério, proceder à investigação dos fatos arguidos e, ouvido o Presidente, enviar relatório com documentos respectivos à Câmara dos Deputados (art. 58, § 3º), a qual, dentro de trinta dias depois de emitido parecer pela Comissão competente, decretaria ou não a acusação e, caso a decretasse, remeteria todas as peças ao Presidente do Tribunal Especial, para o devido processo e julgamento (art. 58, § 4º). Se

a Câmara dos Deputados não se pronunciasse nesse prazo, o Presidente da Junta de Investigação deveria remeter cópia do relatório e documentos ao Presidente da Corte Suprema, “para que promova a formação do Tribunal Especial, e este decreto, ou não, a acusação, e, no caso afirmativo, processe e julgue a denúncia” (art. 58, § 5º). A decretação da acusação implicava imediato afastamento do Presidente da República do exercício do cargo (art. 58, § 6º). Enfim, as penas: o Tribunal Especial somente poderia aplicar a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie (art. 58, § 7º). Também por esse Tribunal Especial seriam julgados os Ministros de Estado nos crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente da República. Já nos crimes de responsabilidade não conexos, bem como nos crimes comuns, seriam julgados pela Corte Suprema (art. 61, § 1º).

A Constituição¹⁷ de 1937 preferiu dizer Parlamento a Congresso, referindo-se ao Legislativo nacional: “O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e dêste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição” (art. 38, caput). Como também transformou o Senado em Conselho: “O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho

17 É freqüente usar o termo carta para distinguir entre as constituições promulgadas por assembléia constituinte e as decretadas por uma junta ou por um constituinte singular. Estas últimas seriam meras “cartas” e não verdadeiras constituições. Não se adota aqui essa distinção. Porém, registre-se que o Presidente Vargas fruiu de poderes excepcionais durante todo o Estado Novo objeto da Constituição de 1937, cujo art. 180 dispunha que, “enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Não se realizou o plebiscito previsto no art. 187, o último da Constituição de 1937, a saber: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”. Resultou daí que, com base naquele art. 180, Vargas decretou leis importantes, como: o Código de Processo Civil, pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939; o Código Penal, pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940; a Lei das Contravenções Penais, pelo Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941; nessa mesma data (3 de outubro de 1941), o Código de Processo Penal, pelo Decreto-lei nº 3.689; e, para comemorar o dia 1º de maio de 1943, o Decreto-lei nº 5.452, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Federal.” (art. 38, § 1º). O art. 85 delimitou o campo material básico dos crimes de responsabilidade do Presidente da República. Estes seriam definidos em lei especial, que também regularia “a acusação, o processo e o julgamento”, conforme o § 2º do art. 86. Esse mesmo art. 86, no caput, determina o processo e julgamento do Presidente da República pelo Conselho Federal, após ser declarada a procedência da acusação por dois terços de votos da Câmara dos Deputados. As penas eram “perda do cargo, com inhabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis na espécie” (art. 86, § 1º). Os Ministros de Estado “nos crimes comuns e de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento dêste” (art. 89, § 2º).

A Constituição de 1946, retomando a normalidade anterior ao interstício varguista, determinou que, após a Câmara dos Deputados declarar, por maioria absoluta, procedente a acusação, o Presidente da República “será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade”, ficando suspenso de suas funções, desde que declarada essa procedência (art. 88, caput e parágrafo único). Em seguida, o art. 89 demarca o campo material dos eventuais crimes de responsabilidade resultantes de atos do Presidente da República e, em seu parágrafo único, dispõe que “esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”. Quanto aos Ministros de Estado, “serão, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento dêste” (art. 92).

A Constituição de 1967 e a sua Emenda Constitucional nº 1 de 1969 mantiveram praticamente nos mesmos termos e condições o *impeachment* do Presidente da República e dos seus Ministros. Mas acresceram que, se o julgamento do Presidente não se concluir no prazo de sessenta dias, o processo será arquivado e elevaram para dois terços o quórum exigível da Câmara dos Deputados para declarar procedente a acusação.

7. Na Constituição atual

Enfim, tendo em vista a Constituição de 1988, desdobra-se claramente o *impeachment* em dois tipos. O primeiro tipo é o *impeachment* propriamente dito, tradicional, cujos possíveis acusados são o Presidente e o Vice-Presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em crimes da mesma natureza conexos com aqueles. O segundo tipo é o *impeachment* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União. Ambos os tipos são processados e julgados privativamente pelo Senado Federal (art. 52, I e II), devendo, também privativamente, a Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração do *impeachment*, como previsto no inciso I do art. 51. O art. 85, caput, considera crimes de responsabilidade, passíveis de dar ensejo ao *impeachment*, “os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal” e, em especial, os atos que arrola nos incisos. O parágrafo único reitera que “esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”. Não sobreveio ainda essa lei, de modo que se aplica a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e subsidiariamente o Código e as leis processuais. Admitida a acusação, o Presidente da República ficará afastado desde a instauração do processo pelo Senado até cento e oitenta dias, quando o processo, se não houver terminado, continuará com o Presidente de volta às suas funções (art. 86, §§ 1o e 2o).

Ao comentar a primeira Constituição Federal brasileira, a de 1891, Barbalho reagiu contra esse afastamento, entendendo que o Presidente da República é “assim incurialmente tratado como qualquer empregado público...” e exclamou:

O primeiro magistrado da nação, o gestor dos seus mais altos negócios políticos e governamentais, em tão grave conjuntura, equiparado ao simples funcionário administrativo, sem se ponderar a natureza característica de suas funções, a origem nacional de sua investidura, sem terem-se em consideração os inconvenientes e perigo da substituição do governo num momento tão arriscado e de tamanha expectativa para o país, como deve ser esse em que se trata de processar o presidente!¹⁸

18 CAVALCANTE, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira: comentários por*

No entanto, ainda hoje o afastamento persiste como regra constitucional, justificada pela necessidade de evitar a influência deletéria do Presidente sobre o bom andamento do processo do *impeachment*, o que poderia até resultar em inconvenientes e perigos maiores do que os acarretados pela sua substituição temporária.

Enfim, como consta do parágrafo único do seu art. 52, a Constituição de 1988 determina que, nos casos de *impeachment*, o Senado seja presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e decida por quórum qualificado de dois terços dos votos, devendo a pena limitar-se à perda do cargo, com inabilitação por oito anos para o exercício de função pública, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis.

Conclusão

É o *impeachment* uma peça de museu? Esse, o epíteto com que o tem tachado grande parte da doutrina. Na República brasileira, se a história mostrar que a destituição do Presidente Collor não passou de episódio isolado, devido às pressões dos caras-pintadas e de outros setores sociais, somando-se à falta de tato do Presidente em compor a maioria parlamentar em seu favor, o epíteto de ineficácia talvez continue válido, não obstante o *impeachment* seja praticado no nível municipal e mesmo no estadual e, ademais, constitua uma ameaça de destituição sempre lembrada como oponível ao Presidente da República, como ainda se viu no desdobramento do episódio de corrupção dito mensalão. Mas, a essa questão, só o tempo dará a resposta definitiva. Espera-se que a cidadania mantenha-se solerte – e não só proponha, mas exija o *impeachment* sempre que houver necessidade, em casos de corrupção e de outros desvios no exercício do poder político.

Desse modo, nos variados casos em que o *impeachment* seja cabível, a esperança do povo brasileiro é que, em vez de peça de museu, esse instituto seja sempre atualizado e ativado como peça de artilharia, à disposição do cidadão, na guerra contra a malversação política e administrativa, em prol da consolidação e garantia da

João Barbalho U.C. Apresentação do Senador Mauro Benevides; introdução de Walter Costa Porto. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992. p. 215.

República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, dando pleno cumprimento ao que determina o art. 1º da atual Constituição Federal.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Seleção, organização e notas de Virgínia Cortes de Lacerda. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.

_____. *Ruínas de um governo*. 1931.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALCANTE, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira: comentários por João Barbalho U.C. Apresentação do Senador Mauro Benevides; introdução de Walter Costa Porto*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1992.

SECONDAT, Charles-Louis, Barão de la Brède e de MONTES-QUIEU. *De l'esprit des lois*. Texto estabelecido com uma introdução, notas e variantes por Gonzague Truc. Paris: Éditions Garnier Frères, 1949. 2 tomos.

Recebido em: abri de 2011

Aprovado em: junho de 2011

VÍCIOS DO CONSENTIMENTO E NULIDADE DOS TRATADOS À LUZ DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS DE 1969

VICES OF CONSENT AND INVALIDITY OF TREATIES IN THE LIGHT OF THE 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES

*Valério de Oliveira Mazzuoli**

Resumo: O artigo visa compreender o tema dos vícios do consentimento e da nulidade dos tratados internacionais, à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, separando os casos de vícios do consentimento (os casos anuláveis e o único caso nulo) das hipóteses de nulidade dos tratados propriamente ditos. A doutrina (nacional e internacional) confunde-se sobre o tema, não esclarecendo o que afinal vicia “o consentimento” do Estado em obrigar-se pelo tratado e o que vicia “o tratado” propriamente dito. Neste estudo, dividiremos bem as coisas, colocando cada tema no seu devido lugar.

Palavras-chave: Vícios do consentimento; anulabilidade do consentimento; nulidade do consentimento; nulidade dos tratados.

* Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela UNESP. Professor Adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na UFMT. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UFMT. Membro efetivo da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado e parecerista.

Abstract: This article aims to understand the theme of vices of consent and invalidity of treaties in the light of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, separating the cases of defects of consent (the voidable cases and the only nil case) from the hypothesis of nullities of the treaties themselves. The doctrine (domestic and international) overlaps about the subject, not clarifying what interfere on the “consent” of the State to be bound by the treaty and what prejudice the “treaty” itself. In this study, we search to divide well those situations, placing each topic on its proper place.

Keywords: Defects of consent – annulment of consent – consent revocation – invalidity of treaties.

Introdução

Provém da Teoria Geral do Direito Civil o estudo dos vícios capazes de invalidar o negócio jurídico, a que o Direito dos Tratados tomou de empréstimo. Neste último campo é possível falar em vícios que invalidam o *consentimento* do Estado em obrigar-se por um tratado, e também em fatos que invalidam o tratado propriamente dito.¹

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 intitula toda a Seção 2 da sua Parte V (que vai do art. 46 ao art. 53) de *Nulidade dos Tratados*. Tal denominação, contudo, é imprópria, uma vez que de *nulidade convencional* propriamente dita a Convenção não cuida senão em dois dispositivos daquela Seção: são eles os arts. 52 e 53, que versam os casos de “coação a um Estado pela ameaça ou emprego da força” e de “tratado em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*)”, respectivamente.² No que tange ao conflito do tratado com norma de *jus cogens*, há também

1 .Para detalhes, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira, *Direito dos tratados*, São Paulo: RT, 2011, pp. 249 262.

2 .Nos artigos 69 e 71 a Convenção deixa explicitada as consequências (ou *efeitos*) da nulidade de um tratado.

o caso da nulidade superveniente do tratado, regulado pelo art. 64 (que está fora da Seção 2 citada). Nos dois primeiros casos (arts. 52 e 53) a nulidade é *ab initio*, ou seja, tem efeito *ex tunc*; no segundo caso (art. 64) a nulidade é *superveniente* (de efeito *ex nunc*).³ Afora isto, todas as demais disposições da Convenção (arts. 46 a 51) versam casos de vícios relativos ao *consentimento* do Estado em obrigar-se pelo tratado (e não de nulidade do *tratado* propriamente dito). A Convenção permite seja o consentimento *anulável* (a depender da vontade do Estado-vítima) nas hipóteses dos arts. 46 a 50; e versa apenas *um único caso de nulidade* (propriamente dita) *do consentimento*, disciplinado pelo art. 51: quando há *coação sobre o representante de um Estado* (ou de uma organização internacional).

Não é, pois, tecnicamente correto nominar o tema de *Nulidade dos Tratados*, como faz a Convenção de 1969 e grande parte dos autores.⁴ Tampouco é exato nominá-lo, como faz outra parte da doutrina, apenas *vícios do consentimento* (especialmente quando a nulidade decorre do conflito do tratado com norma de *jus cogens*).⁵ Talvez à custa dessa impropriedade terminológica da Convenção que a doutrina confunde-se tanto (há vários anos) sobre o tema. A Convenção – não obstante em uma rubrica imprópria – regula, porém, as duas coisas: (1) os vícios que podem influir no *consentimento* do Estado em obrigar-se pelo tratado, dividindo-os em anuláveis (arts. 46 a 50) e *nulo* (hipótese única do art. 51⁶); e (2) os casos de

3 .No presente item interessa-nos apenas a nulidade *ab initio dos tratados*. A nulidade superveniente não será objeto de análise neste estudo.

4 .Tais como, v.g., Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional público*, vol. 2 (*Derecho de los tratados*), Madrid: Tecnos, 1987, pp. 428 e ss; Accioly, Hildebrando & Nascimento e Silva, Geraldo Eulálio, *Manual de direito internacional público*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 36 e ss; Meira Mattos, Adherbal, *Direito internacional público*, 2ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 126 e ss; e Mello, Celso D. de Albuquerque, *Curso de direito internacional público*, vol. 1, 15ª ed., rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 263 e ss.

5 .Entre os autores que nominam apenas de “vícios do consentimento” o estudo que ora nos ocupa, v. Rezek, José Francisco, *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 350 e ss; e Amaral Júnior, Alberto do, *Curso de direito internacional público*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp. 62 e ss.

6 .Adherbal Meira Mattos, v.g., *coloca o art. 51 da Convenção (que disciplina o único caso de nulidade do consentimento) entre as hipóteses de nulidade absoluta do tratado. Equivocadamente, diz que: “O tratado resultante de coação exercida sobre o representante de um Estado, por meio de atos ou ameaças, será nulo de pleno direito” [grifo nosso] (Direito internacional público, cit., p. 127).*

nulidade do tratado propriamente dito (arts. 52 e 537). Daí a necessidade de se estudar o tema sob a rubrica mais apropriada “Vícios do Consentimento e Nulidade dos Tratados”.

Este ensaio tem exatamente a finalidade de realocar os temas citados em seus devidos lugares, bem assim diferenciar os efeitos práticos de cada caso que se tratar, diferenciando os vícios do consentimento da nulidade dos tratados, o que até o presente momento a doutrina parece não ter feito de maneira adequada.

Pode-se, então, seguindo o estabelecido em toda a Seção 2 da Parte V da Convenção de 1969 (impropriamente – repita-se – nominada *Nulidade dos Tratados*), dividir o estudo que ora nos ocupa em três partes: a) *anulabilidade do consentimento*; b) *nulidade do consentimento*; e c) *nulidade dos tratados*. A primeira hipótese é de nulidade relativa do consentimento; as duas outras são de *nulidade absoluta (pleno jure)* do consentimento e do tratado, respectivamente. É curioso observar que a Convenção de 1969 não versou um único caso sequer de *anulabilidade dos tratados*. No que tange ao consentimento, este pode ser *anulável* (quando há possibilidade de convalidação) ou *nulo* (quando inconvalidável); mas no que tange ao tratado mesmo, apenas hipóteses de *nulidade* (nenhuma hipótese de anulabilidade) são colocadas pela Convenção (arts. 52, 53 e 64).

Vejamos, então, cada uma das hipóteses dos vícios do consentimento (casos de *anulabilidade* e *nulidade* do consentimento) e de nulidade dos tratados:

1. Anulabilidade do consentimento

A *anulabilidade* do consentimento de um Estado em obrigarse por um tratado, segundo a Convenção, pode dar-se em quatro hipóteses: quando o Governo manifesta sua aquiescência ao tratado sem o devido respaldo do Direito interno; por erro; por dolo;

7 .O art. 53 da Convenção de 1969, que versa o caso da nulidade do tratado em conflito com norma de *jus cogens* preexistente, não será objeto de estudo neste ensaio.

ou pela corrupção do representante de um Estado, restringindo (em ambos os casos) a invocação do vício ao Estado-vítima.⁸ A primeira causa de anulabilidade (irregular consentimento da parte) ocorre quando o Executivo ratifica o compromisso internacional em desrespeito a norma constitucional sobre competência para concluir tratados, ao que também se nomina ratificação imperfeita ou *inconstitucionalidade extrínseca* (v. art. 46). Além desse caso, é também anulável o consentimento que nasceu viciado por *erro*, por dolo ou pela *corrupção do representante de um Estado (ou de uma organização internacional)*. Estas outras causas de anulabilidade é que serão estudadas neste ensaio.

O *erro* – considerado “o caso mais claro de vício do consentimento em seu sentido mais clássico”⁹ – pode ser invocado por um Estado (ou organização internacional) como tendo invalidado o seu consentimento em obrigar-se pelo tratado, desde que ele se refira a um fato ou situação que esse Estado (ou organização internacional) tivesse suposto existir no momento em que o tratado foi concluído e que constituía a base essencial do seu consentimento em obrigar-se pelo mesmo (art. 48, § 1º). É dizer, para se anular o consentimento por erro, deve ele (erro) ser *essencial*, por dizer respeito à natureza do ato. Pode o erro ser cometido por uma das partes ou por várias delas.¹⁰ Porém, a regra da Convenção não se aplica se o Estado (ou a organização internacional) concorreu para o erro em virtude de sua conduta ou se as circunstâncias forem tais que o Estado (ou a organização) deveria ter se apercebido de tal possibilidade (§ 2º). Exemplos correntes de erro encontram-se nos tratados sobre limites, envolvendo questões cartográficas (mapas etc.) ou de demarcação de fronteiras.¹¹

8 V. Barile, Giuseppe. La structure de l'ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles, *Recueil des Cours*, vol. 161 (1978-III), pp. 87-90; Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, 1ª ed. (em espanhol) revisada por Peter Hagenmacher, trad. Eduardo L. Suárez, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 201-208; e Aust, Anthony, *Modern treaty law and practice*, 4th printing, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 252-257.

9 Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 204. Sobre o tema, v. ainda Elias, Taslim Olawale, Problems concerning the validity of treaties, *Recueil des Cours*, vol. 134 (1971-III), pp. 362-372.

10 .Cf. Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 205.

11 .Cf. McNair, Arnold Duncan. *The law of treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961, pp. 211-213.

O *dolo*, para a Convenção, ocorre quando um Estado (ou organização internacional) é levado a concluir um tratado pela *conduta fraudulenta* de outro Estado negociador ou organização negociadora (art. 49). O *dolo* implica necessariamente em uma conduta ilícita de engodo ou engano. Diferentemente do erro, o *dolo* implica punição mais severa à luz do Direito Internacional Público, por constituir-se num delito. Daí entender Reuter que um tratado eivado de *dolo* é, com efeito, um ato ilícito, com todas as consequências jurídicas que isso implica.¹² São praticamente inexistentes exemplos de *dolo* na conclusão de tratados. Um exemplo muito remoto foi documentado à época colonial, no contexto especial das relações entre potências europeias e chefes tribais da África Central, a quem se mostravam mapas voluntariamente falsificados.¹³

Por fim, é também passível de anulação o consentimento obtido por meio de *corrupção* do representante de um Estado ou de uma organização internacional, pela ação direta ou indireta de outro Estado negociador ou organização negociadora (art. 50).¹⁴ A corrupção (que não deixa de ser um *dolo* de caráter especial) vicia por completo o aceite do representante desleal mesmo se recair sobre uma ou poucas cláusulas do tratado, ainda que estas não sejam essenciais ao acordo.¹⁵

Frise-se que somente o Estado (ou organização internacional) que foi vítima de alguma dessas causas de anulabilidade do consentimento é que pode invocá-las em seu favor, e mais nenhum outro, posto terem sido estabelecidas no âmbito de seu interesse particular. Daí não poder o Estado (ou a organização internacional em causa) alegá-las se, após ter tomado conhecimento de sua ocorrência, aquiesceu, expressa ou tacitamente, com a validade do consentimento anteriormente manifestado.

12 .Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 206. Cf. ainda, Elias, Taslim Olawale, Problems concerning the validity of treaties, cit., pp. 372-374.

13 V. Dinh, Nguyen Quoc, Daillier, Patrick & Pellet, Alain. *Direito internacional público*, 2ª ed. Trad. Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 200. Para detalhes deste precedente, v. Paisant, Marcel, Les droits de la France au Niger (avec trois cartes), *Revue Générale du Droit International Public*, vol. 5, Paris (1898), pp. 31-33.

14 .V. Elias, Taslim Olawale. Problems concerning the validity of treaties, cit., pp. 375-378.

15 .Cf. Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 207.

A anulabilidade do consentimento (por erro, dolo ou corrupção do representante do Estado) produz ao Estado-vítima efeitos *ex nunc*, ou seja, a declaração de anulabilidade só começa a produzir efeitos a partir de sua prolação, sem modificar os efeitos passados que o ato internacional já produziu.

2. Nulidade do consentimento

Em uma única hipótese (a do art. 51) prevê a Convenção de Viena a *nulidade (absoluta) do consentimento* do Estado em obrigarse pelo tratado. Trata-se do caso do consentimento obtido por coação do representante do Estado, nestes termos:

Não produzirá qualquer efeito jurídico a manifestação do consentimento de um Estado em obrigarse por um tratado que tenha sido obtido pela coação de seu representante, por meio de atos ou ameaças dirigidas contra ele.

A Comissão de Direito Internacional da ONU e a Conferência de Viena de 1968-1969 consideraram tal *coação* mais grave que a *corrupção* do representante do Estado, a ponto de *nulificar* o consentimento *ab initio* (dizendo que a sua manifestação não produzirá “qualquer efeito jurídico”).¹⁶ Assim, diferentemente dos casos de anulabilidade já analisados (especialmente o de corrupção do representante do Estado), a coação exercida sobre o representante de um Estado anula *ex tunc* o consentimento, que passa a ser tido como se nunca houvesse existido.¹⁷

No caso de ser reconhecida (v.g., pela CIJ) a coação sobre o representante do Estado, anula-se *ab initio* tão-somente o *consentimento* em obrigarse pelo *tratado do Estado em causa*, não se anu-

16 V. Ago, Roberto. Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne, *Recueil des Cours*, vol. 134 (1971-III), pp. 319-320; e Elias, Taslim Olawale, Problems concerning the validity of treaties, cit., pp. 378-380.

17 Cf. Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 209.

lando o *tratado* propriamente, que continuará válido para as outras partes contratantes, se for multilateral. Evidentemente que no caso dos tratados bilaterais, por um motivo *de fato*, o reconhecimento da nulidade do consentimento faz cessar a relação entre as duas partes (eis que não há como sobreviver para uma das partes apenas).

Como exemplo de consentimento viciado pelo emprego de coação sobre o representante de um Estado tem-se o ocorrido em 1526, quando Francisco I, enquanto prisioneiro de Carlos V, foi obrigado a assinar o Tratado de Madrid, cedendo-lhe toda a Borgonha; mas, após sua libertação, recusou-se a executá-lo sob a invocação de coação contra a sua pessoa.¹⁸

3. Nulidade dos tratados

Para além do caso relativo à nulidade do *consentimento* de um Estado em obrigar-se pelo tratado, versado pelo art. 51, prevê ainda a Convenção duas hipóteses de nulidade absoluta do *próprio tratado*, com efeitos *ex tunc*. São elas: a coação sobre um Estado soberano pela ameaça ou emprego da força (art. 52) e o conflito de tratado posterior com uma norma imperativa de Direito Internacional geral – *jus cogens* (art. 53).¹⁹

A coação sobre o próprio Estado e o desrespeito ao *jus cogens* preexistente são considerados pela Convenção causas de nulidade absoluta do tratado *ab initio* (o desrespeito ao *jus cogens* superveniente, diferentemente, tem efeitos *ex nunc* e não *ab initio*).²⁰ Nestes dois casos o tratado, para todas as partes contratantes, há de ser considerado como se não existisse.²¹ Tais causas de nulidade convencional

18 V. Dinh, Daillier & Pellet. *Direito internacional público*, cit., p. 201.

19 V. Elias, Taslim Olawale. Problems concerning the validity of treaties, cit., pp. 380-404; Barile, Giuseppe, La structure de l'ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles, *Recueil des Cours*, vol. 161 (1978-III), pp. 88-92; e Rezek, José Francisco, *Direito dos tratados*, cit., pp. 355-358.

20 .V. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II (1966), pp. 268-269.

21 Cf. Barile, Giuseppe. La structure de l'ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles, cit., p. 87.

decorrem, ainda, diretamente do art. 45 da Convenção, que as afasta do campo de aplicação da “regra de confirmação” (tanto expressa como tácita).²² De fato, o art. 45 da Convenção – ao dizer que um Estado “não pode mais invocar uma causa de nulidade, de extinção, de retirada ou de suspensão da execução de um tratado, com base nos artigos 46 a 50 ou nos artigos 60 e 62, se, depois de haver tomado conhecimento dos fatos”, tiver (a) aceito expressamente a validade (o vigor ou a execução) do tratado, ou (b) aceito tacitamente (em virtude de sua conduta) essa mesma validade (ou vigor ou sua execução) – excluiu do campo de aplicação da regra os arts. 52 e 53, relativos à nulidade absoluta do tratado *ab initio*.

Cabe aqui verificar apenas o caso de *coação sobre um Estado* estabelecido pela Convenção, pois o estudo da nulidade dos tratados por desrespeito ao jus cogens (tanto preexistente como superveniente) foge ao escopo deste trabalho.

Primeiramente é necessário fixar a diferença (notadamente no que tange aos efeitos da nulidade) entre a coação prevista no art. 51 da Convenção, daquela regulada pelo art. 52 em análise.

Pois bem, diz a Convenção de Viena não produzir “qualquer efeito jurídico a manifestação do *consentimento* de um Estado em obrigar-se por um tratado que tenha sido obtida pela coação de seu representante, por meio de atos ou ameaças dirigidas contra ele” (art. 51); e diz ser “nulo *um tratado* cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas” (art. 52). Qual a diferença entre essas duas normas no que tange à extensão dos efeitos da nulidade? A diferença (repita-se) está no seguinte: no primeiro caso (coação exercida sobre o representante de um Estado) a nulidade atinge não o tratado em si, mas o *consentimento* do Estado em obrigar-se por ele, estendendo efeitos apenas às partes envolvidas, ou seja, coator e coagido, ao passo que na segunda hipótese (coação de um Estado pela ameaça ou emprego da força) ela recai sobre o *próprio tratado*, sendo então oponível erga omnes, por tratar-se de um ilícito cometido contra todos os membros da sociedade internacional entendida em seu conjunto.²³

22 .V. Dinh, Daillier & Pellet. *Direito internacional público*, cit., p. 214.

23 Cf. Barile, Giuseppe. La structure de l'ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles, cit., p. 88.

Tanto na hipótese do art. 51, como na do art. 52 da Convenção, bem assim do seu art. 53 (que versa a hipótese de conflito entre tratado e norma de jus cogens preexistente), a divisão das disposições do tratado não é permitida (44, § 5º). Ou seja, nestes três casos a nulidade contamina o ato por inteiro.

Sem dúvida, a regra que ocasiona a nulidade pleno jure do tratado concluído sob coação ao próprio Estado (art. 52) é mais difícil de interpretar do que a regra que nulifica o consentimento por coação sobre o representante do Estado (art. 51).

Primeiramente, não é fácil saber até onde chega o alcance dos termos “ameaça” e “emprego da força”, utilizados pelo art. 52 da Convenção. Calorosos foram os debates durante a Conferência de Viena acerca da exata compreensão destes significados.²⁴ Vários países (especialmente os do Terceiro Mundo, como o Afeganistão) queriam que a expressão abrangesse pressões econômicas e políticas. Outras delegações eram da opinião que a expressão era demasiado vaga, cujo significado poderia abranger qualquer tipo de pressão exercida por um País sobre o outro, fato este que comprometeria a estabilidade das relações internacionais em matéria de tratados.²⁵ Ocorre que tais propostas não vingaram e o artigo ficou da maneira que se encontra, sem embargo de alguns autores entenderem que a adoção da frase final “Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas” permitiu a extensão do dispositivo às pressões econômicas e políticas, como queriam algumas delegações. De concreto, ao final da Conferência foram incorporados em sua ata final dois textos a esse propósito: uma Declaração condenando “solenemente” qualquer “coação militar, política ou econômica quando da conclusão dos tratados” e uma Resolução pedindo ao Secretário-Geral da ONU que dirigisse aquela Declaração a todos os Estados-membros, aos Estados participantes, bem como aos órgãos principais das Nações Unidas.²⁶

24 Cf. Nascimento e Silva, Geraldo Eulálio do. *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Brasília: MRE, 1971, pp. 78-79.

25 Cf. Calsing, Maria de Assis. *O tratado internacional e sua aplicação no Brasil*. Brasília: UnB, 1984, p. 52.

26 V. Ago, Roberto. *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, cit., pp. 319-320; e Dinh, Daillier & Pellet, *Direito internacional público*, cit., p. 203.

A expressão “força”, por ter ficado sem uma delimitação precisa, requer seja interpretada segundo os ditames das regras geralmente aceitas de hermenêutica internacional. Evidentemente que nem toda “força” é capaz de invalidar um compromisso internacional: fosse assim (diz Reuter) “todos os tratados de paz seriam nulos”.²⁷ Aliás, essa última situação (a dos tratados de paz) é sempre questionada pela doutrina: se tais tratados seriam ou não nulos por terem sido concluídos pelo uso da força (do vencedor contra o vencido). Toda a doutrina alemã, v.g., considerou nulo o Tratado de Versalhes de 1919, imposto à Alemanha pelos vencedores da Primeira Guerra. Mas, levado a ferro e fogo tal entendimento, seriam também nulos os “tratados desiguais”, assim chamados os celebrados por Estados em tudo dessemelhantes no que toca à hierarquia de poder, em que se presume que um (o Estado *fraco*) é totalmente dependente em relação ao outro (o Estado *forte*) etc.²⁸ Em suma, apenas o uso ilícito da força é capaz de invalidar um tratado.²⁹ Como exemplo de ato internacional celebrado sob coação *ilícita* ao Estado tem-se o Tratado Alemanha-Tchecoslováquia, de 1938, concluído sob ameaça de bombardeio à Praga, tornando patente a coação exercida sobre a então Tchecoslováquia.

Por fim, cabe indagar quais os efeitos da declaração de nulidade de um tratado concluído mediante coação ao Estado pela ameaça ou emprego da força. Tais consequências vêm reguladas pelo art. 69 da Convenção de Viena. Cabe aqui apenas dizer que as disposições de um tratado nulo não têm eficácia jurídica. Tal nulidade é ab initio e não a partir de sua invocação por alguma das partes; ou seja, o tratado firmado sob ameaça ou emprego da força é nulo desde a sua

27 .Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 209.

28 V. Rezek, José Francisco. *Direito dos tratados*, cit., pp. 357-358. Como destaca Rezek: “Nas relações internacionais – como, de resto, nas relações humanas – todo interesse conducente ao ato convencional é fruto de uma necessidade, e, em última análise, de alguma forma de pressão. O penoso quadro característico da negociação dos tratados de paz é uma consequência inevitável da guerra, e se a ordenação jurídica da sociedade internacional não logrou evitar esta, não terá como profligar os agravos que faz aquele ao ideal do livre consentimento” (Idem, p. 358).

29 .Cf. Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 209.

conclusão, e não só a partir do momento da descoberta da causa de nulidade.³⁰ Assim, a declaração de nulidade de um tratado extingue o ato internacional inválido com efeitos *ex tunc*. É dizer, a declaração de nulidade retroage à data da conclusão do acordo, suprimindo todos os efeitos que o mesmo já produziu desde então. A decretação de nulidade feita pela Corte Internacional de Justiça retroage ao momento da elaboração do texto convencional, a fim de eliminar as consequências danosas à ordem internacional.

Conclusão

Foi possível perceber do estudo que se acabou de fazer que o tema dos vícios do consentimento e da nulidade dos tratados é *mais amplo* que a mal colocada rubrica “Nulidade dos Tratados” prevista na Seção 2, da Parte V, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

A fim de sanar as inúmeras confusões doutrinárias sobre o tema, mister é deixar claro que a Convenção de Viena de 1969 (não obstante em uma rubrica imprópria) regula duas coisas distintas: (1) os vícios que podem influir *no consentimento* do Estado em obrigar-se pelo tratado, dividindo-os em *anuláveis* (arts. 46 a 50) e *nulo* (hipótese única do art. 51); e (2) os casos de *nulidade do tratado* propriamente dito (arts. 52 e 53; art. 64). Por isso, o estudo do tema há de nominar-se “Vícios do Consentimento e Nulidade dos Tratados”. A distinção tem fundo prático inestimável, vez que influencia na maneira pela qual um tribunal internacional (v.g., a Corte Internacional de Justiça) poderá anular o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado, ou, nas hipóteses previstas pela Convenção, reconhecer a nulidade do tratado propriamente dito, desonerando todas as partes ao seu cumprimento.

30 .Cf. Dinh, Daillier & Pellet. *Direito internacional público*, cit., p. 217.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando & Nascimento e Silva, Geraldo Eulálio. *Manual de direito internacional público*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

AGO, Roberto. Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. *Recueil des Cours*, vol. 134 (1971-III), pp. 287-331.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AUST, Anthony. *Modern treaty law and practice*, 4th printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BARILE, Giuseppe. La structure de l'ordre juridique international: règles générales et règles conventionnelles. *Recueil des Cours*, vol. 161 (1978-III), pp. 9-126.

CALSING, Maria de Assis. *O tratado internacional e sua aplicação no Brasil*. Brasília: Unb, 1984.

DINH, Nguyen Quoc, Daillier, Patrick & Pellet, Alain. *Direito internacional público*, 2ª ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

ELIAS, Taslim Olawale. Problems concerning the validity of treaties. *Recueil des Cours*, vol. 134 (1971-III), pp. 333-416.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. São Paulo: RT, 2011.

MCNAIR, Arnold Duncan. *The law of treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

MEIRA MATTOS, Adherbal. *Direito internacional público*, 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Celso D. *de Albuquerque*. *Curso de direito internacional*

público, vol. 1, 15ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Brasília: MRE, 1971.

PAISANT, Marcel. Les droits de la France au Niger (avec trois cartes). *Revue Générale du Droit International Public*, vol. 5, Paris (1898), pp. 5-37.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público*, vol. 2 (Derecho de los tratados). Madrid: Tecnos, 1987.

REUTER, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*, 1ª ed. (em espanhol) revisada por Peter Haggemacher. Trad. Eduardo L. Suárez, México. D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

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

Recebido em: abril de 2011

Aprovado em: junho de 2011

DIREITO, ESCRAVIDÃO E LITERATURA: REFLEXÕES
ACERCA DA (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS A PARTIR DO CONTO “NEGRINHA”,
DE MONTEIRO LOBATO*

*LAW, SLAVERY AND LITERATURE: REFLECTIONS ON
THE (IN) EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL
RIGHTS FROM THE TALE “LITTLE BLACK,” OF
MONTEIRO LOBATO*

*André Karam Trindade**
Fausto Santos de Morais***
Marcelo Barbosa Brum*****

* Artigo produzido no âmbito das pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Estudos “Direito & Literatura”, da Escola de Direito da IMED, que contou com a colaboração de Carlos Alberto Frezza, Dionara Silva, Gislaíne de Oliveira de Almeida, José Paulo Schneider, Neuri Boscato, Priscila Bianchetti e Thiago Nunes.

** Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Università degli Studi Roma Tre/Itália). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professor de Direito Constitucional da Faculdade Meridional (IMED). Membro Fundador e Pesquisador do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Produtor Executivo do Programa *Direito & Literatura: do fato à ficção* (TVE/RS e TV JUSTIÇA). E-mail: <andre@ihj.org.br>.

*** Doutorando e Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professor da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED). Advogado. E-mail: <faustosmorais@gmail.com>.

**** Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho (PUCRS). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Analista Processual do Ministério Público do Trabalho (Passo Fundo). E-mail: <mbbdir@hotmail.com>.

Resumo: O presente estudo tem como problema a (in)efetividade dos direitos fundamentais, com ênfase na erradicação do trabalho escravo, procurando pensá-los em dois contextos político-jurídicos diferentes. A ideia para isso decorreu da leitura do conto “Negrinha”, de Monteiro Lobato. Este trabalho literato evidenciou a situação da menina que, mesmo após a Lei da Abolição do trabalho escravo, estava sujeita a relações típicas do modelo escravo. A partir de então, é possível estabelecer a diferença da efetividade nos regimes jurídicos imperial e republicano naquilo que se refere à proibição da relação escrava. Apresenta-se, assim, a sucessão normativa que, progressivamente, culminou na abolição da escravidão. Partindo do “método histórico”, o trabalho se vale da comparação de dois períodos diferentes como forma de apresentar a efetividade dos direitos fundamentais desde 1988, instigados mediante provação interdisciplinar literária. A metodologia utilizada parte da pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Em suma, o texto pretende desenvolver a maneira como se dá a efetividade dos direitos fundamentais no que se refere à erradicação do trabalho escravo, indicando a limitação do direito diante de um problema que envolve a discussão de premissas mais complexas.

Palavras-chave: Direito e Literatura. Escravidão. Efetividade dos Direitos Fundamentais.

Abstract: The central discussion of the present work is the problematic over the effectiveness of fundamental rights, especially the ones regarding the eradication of slavery, through the scope of two different legal-political contexts. The basis for this analysis is the short-story “Negrinha”, written by Brazilian author Monteiro Lobato. This book gave highlights to a situation where a little girl was still subjected to the typical relations of the slavery model, even though the Law of Abolition of Slavery already existed. From this premise, we are able to trace the difference between the imperial and the republican legal systems regarding effectiveness of prohibition of slave work. It is introduced, for that matter, the progressive norma-

tive succession that culminated with the abolition of slavery. Using the “historical method”, it is compared the two different periods as a form to present the effectiveness of fundamental rights since 1988, urged by the interdisciplinary analysis. The article is composed using bibliographical, legislative and jurisprudential elements. Thus, the intention here is to present how does the effectiveness of fundamental rights takes place over the matter of eradication of slavery, indicating the limitation of law in face of a problem that involves a discussion with more complex premises.

Keywords: Law and Literature. Slavery. Effectiveness. Fundamental Rights.

Introdução

Na sociedade pós-moderna, em que pese o modelo econômico financeiro adotado, é difícil imaginar que haja espaço para a escravidão. Entretanto, ao contrário do que se poderia esperar, após inúmeros avanços e conquistas civilizatórias, a escravidão é algo ainda latente na cultura brasileira.

A pergunta pelas relações escravocratas presentes num Brasil, não tão distante, pode ser a base para a compreensão da importância de institutos jurídicos atuais, tal como as políticas públicas brasileiras que visam, mediante ações afirmativas, dar o suporte socioeconômico necessário para mitigar as desigualdades enraizadas historicamente¹.

Talvez não seja corriqueiro à ortodoxia do direito tematizar esse tipo de problema. Tal provocação, entretanto, será feita a partir

1 Sobre o tema, especificamente, vale conferir o programa “Direito & Literatura”, exibido em 23 de outubro de 2010, pela TVE/RS, que contou com a participação dos professores Lenio Luiz Streck, Daniela Cademartori e Márcia Lopes Duarte. Disponível em: <www.unisinos.br/direitoeliteratura>.

da Literatura, mas especificamente de um conto de Monteiro Lobato² intitulado “Negrinha”, que retrata a realidade político-jurídica da relação escravocrata no final do Império e nos primeiros anos da República³.

“Negrinha”, personagem principal da história, é uma menina mulata de sete anos de idade, de origem escrava. Órfã aos quatro anos de idade, Negrinha foi criada entre insultos e maus-tratos. Seu corpo, segundo o autor, era marcado por sinais decorrentes das agressões reiteradas que lhe eram infligidas.

A criação da menina ficava ao encargo de Dona Inácia, antiga “Senhora de Escravos”, que “era especialista em maltratar crianças”. Para ela, o novo regime que visava a igualar negros e brancos era absurdo⁴.

Dentre os castigos sofridos, o conto refere um episódio em que Negrinha desentendeu-se com outra pessoa que trabalhava na casa, dirigindo-lhe uma ofensa verbal. Dona Inácia, ao tomar conhecimento do caso, enxergou a oportunidade perfeita para extravasar seu nervosismo. Desta vez, a punição escolhida foi colocar um ovo recém retirado da água fervente na boca de Negrinha, amordaçando-a até que o ovo esfriasse.

O relato central do conto versa sobre a visita das sobrinhas de Dona Inácia, no período das férias, “lindas meninas louras, ricas, nascidas e criadas em ninho de plumas”. Em um momento de “piedade”, a senhora consentiu que Negrinha brincasse com as outras crianças, oportunidade em que a menina pode descobrir que

2 José Bento de Monteiro Lobato (1882-1948) foi escritor, fazendeiro e promotor público. Com livros voltados para os públicos infantil e adulto, o autor alcançou a notoriedade com as obras “Urupês” e “Cidades Mortas”. Sua literatura apresenta um caráter social, com traços regionalistas peculiares e olhos voltados para o meio rural. Dentre outros fatos, o autor ficou conhecido pela hostilidade apresentada ao movimento vanguardista que marcou a Semana de Arte Moderna em 1922. Ver, para tanto, MELLO, Neide Moraes de. *Intelectuais na Vida Pública: Mário de Andrade e Monteiro Lobato*. Tese (Doutorado em Ciências Políticas), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 53-4.

3 Nesse mesmo sentido, aliás, cumpre referir os trabalhos de GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito & literatura: anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*. Curitiba: Juruá, 2002; e, mais recentemente, GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Desilusão jurídica em Monteiro Lobato: anatomia de um desencanto. In: TRINDADE, André Karam (Org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 207-222.

4 Alusão implícita à Lei Imperial nº 3.353, de 13-05-1888, conhecida por Lei Áurea, que, em seu artigo 1º, declarou extinta a escravidão no Brasil.

também era criança. A partida das sobrinhas após algum tempo, no entanto, restabeleceu a dura realidade, a qual a personagem central não conseguiu suportar, terminando por sucumbir.

A forte simbologia empregada no conto, marcada por metáforas e personagens caricatos, causa impacto. A literatura, enquanto arte, recria cenários do passado, trazendo à tona diversos temas para reflexão do jurista. Nessa esteira, “os juristas vêm recorrendo ao conteúdo e à forma literária na tentativa de superar o desafio de re-pensar o direito”⁵.

A problemática do presente trabalho gira em torno da (in) efetividade dos direitos fundamentais de proteção a erradicação do trabalho escravo. Embora seja difícil falar em efetividade de direitos fundamentais no momento histórico reconstruído no conto, pode-se indagar sobre a efetividade das normas proibitivas da escravidão. Busca-se apresentar o contexto jurídico de efetividade das normas de direitos fundamentais contra a erradicação do trabalho escravo. Partindo do “método histórico”, o trabalho se vale da comparação de dois períodos históricos diferentes como forma de apresentar a efetividade dos direitos fundamentais desde 1988, instigados mediante provação interdisciplinar literária. A metodologia utilizada parte da pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Dessa forma, pretendemos apresentar como se dá a efetividade dos direitos fundamentais no que se refere à erradicação do trabalho escravo.

1. Da relação escravocrata no Brasil imperial

O Brasil, à época patriarcal, rural e escravocrata, permaneceu na condição de colônia de Portugal até o começo do século XIX. A vinda da família real portuguesa, em 1808, representou o estopim de uma série de acontecimentos que culminariam com a independên-

5 Cf. TRINDADE, André Karam. GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam (Org.). *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

cia política em 1822. “Entre 1808 e 1822 importou-se da burocracia lusa não apenas uma miríade de leis, avisos e decretos, mas também os próprios quadros. Tratou-se primeiramente de adequar a vida cortesã à realidade colonial”⁶.

A mudança no cenário político brasileiro não significou transformação significativa em sua composição social, a despeito do incipiente processo de urbanização verificado. Na monarquia, como adverte Sérgio Buarque de Holanda, permaneciam os fazendeiros escravocratas e seus filhos, educados nas profissões liberais, como os sujeitos que monopolizavam todas as posições de mando, a exemplo de parlamentos e ministérios⁷. Nessa esteira, “é nítido que os juristas e os legisladores exprimiam o máximo de consciência possível da classe escravista, na busca da legitimação de suas atitudes e valores para si e para a sociedade como um todo”⁸.

A manutenção da escravidão no Brasil, notadamente sob o formato de grandes latifúndios, contribuiu para o atraso do Brasil na corrida industrial. Enquanto a Inglaterra, principal potência mundial do período, já havia iniciado o seu desenvolvimento fabril em meados do século XVIII, o Brasil independente permanecia conservador e aristocrático.

Na impossibilidade de formação de uma classe operária, a mão-de-obra escrava sustentava a classe dominante, com o apoio espiritual da Igreja Católica, religião oficial do Império⁹. Joaquim Nabuco, abolicionista e expectador *in loco* da vida na Corte, descreve que grande número de padres possuía escravos, sem que o celibato clerical o proibisse¹⁰.

A breve exposição desse cenário se justifica na condição de pano de fundo cultural que marca a edição de leis que procuram

6 MALERBA, Jurandir. *Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil*. Maringá: EDUEM, 1994, p. 2.

7 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olimpio, 1971, p. 41.

8 MALERBA, op. cit., p. 17.

9 Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo. (redação original).

10 NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Nova Fronteira, 2000, p. 133. Em *Negrinha*, Monteiro Lobato descreve a figura do padre, todo elogios à senhora rica e insensível à situação da pequena escrava.

regulamentar as relações escravas. Embora já em 1850 houvessem leis que reconheciam a possibilidade de liberdade dos escravos, os valores culturais da sociedade escravista à época não se coadunavam com a ideia progressista de libertação dos escravos¹¹.

Será possível identificar, na próxima seção, os principais marcos normativos relacionados à escravatura, indicando que, pelo menos formalmente, o discurso jurídico apontava para a mudança.

2. Do regime legal das relações escravocratas no império

Para desenvolver a temática do regime legal escravocrata, levaremos em conta as leis promulgadas a partir do Império que regulamentam, direta ou indiretamente, as relações de escravidão. Entretanto, por força da limitação temporal para realização do presente trabalho, não será possível esgotar todo o material legal disponível.

A independência nacional em 1822 não significou a ocorrência de mudanças radicais nas práticas do regime escravista na antiga colônia portuguesa. “Expressão do regime liberal instituído pelos dominadores”¹² a Carta Constitucional de 1824 negava a grande parte dos escravos o direito à nacionalidade, pois conforme dispunha o artigo 6º, I, em sua original redação, “são cidadãos brasileiros os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação”. Ingênuos, na dicção constitucional, eram os filhos de escravos livres.

Embora a condição de cidadão brasileiro fosse reconhecida constitucionalmente aos filhos dos escravos, a legislação infraconstitucional vigente no período imperial pouco tratava dos direitos dos escravos, com exceção do Código Criminal de 1830. Isto porque, o referido marco normativo ao tratar dos “Crimes Justificáveis”, previa ao artigo 14, § 6º, que os senhores que castigassem seus es-

11 MALERBA, *op. cit.*, p. 18.

12 FREITAS, Décio. *O escravismo brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982, p. 85.

cravos de forma moderada não sofreriam com a persecução penal. O mesmo estatuto previa através do artigo 60 que o escravo poderia ser condenado à pena de até 50 açoites por dia¹³.

A segunda parte do século XIX foi o momento histórico em que a legislação regulamentadora das relações escravas inaugurou leis que indicaram a tendência de abolição da escravidão. Em 1850, surge a Lei Eusébio de Queiroz (Lei nº 581, de 04/09/1850), que procura proibir o tráfico negreiro no Brasil. Pouco mais de vinte anos, a Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040, de 28/09/1871) estabelece que os filhos de mãe escrava, a partir daquele momento, seriam livres. Com a promulgação da Lei dos Sexagenários (Lei nº 3.270, de 28/09/1885), procurou-se regulamentar a manutenção e prolongação dos serviços escravos até atingirem determinada idade.

A Lei Áurea foi o instrumento jurídico utilizado para extinguir, formalmente, as relações escravas no território brasileiro. Por ato da Princesa Isabel, promulgou-se a Lei Imperial de nº 3.353, em 13/05/1888, determinado o fim da escravidão no Brasil.

Todavia, em meados da década de 1880, aconteceu um emblemático caso, notório em âmbito nacional, que demonstrou a confusão que o regime jurídico relacionado ao trabalho escravo poderia proporcionar. Trata-se do célebre caso da escrava Honorata¹⁴.

Honorata, cuja idade à época era de cerca de doze anos, foi abusada sexualmente por seu senhor logo após ser comprada. Embora o infrator sequer negasse o fato, uma série de filigranas jurídicas serviu de base para sua absolvição.

Em decisão de primeiro grau, o juiz de Olinda decidiu pronunciar o réu, com base nos argumentos levantados pelo Ministério Público. Sustentou que o artigo 73 do Código de Processo

13 O paradoxo reside no fato de que a própria Constituição de 1824, em um incipiente rol de direitos e garantias individuais, previa no artigo 179, XIX, que “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.” Embora pareça claro que a disposição da Carta Magna Imperial se refira aos escravos, o Código Criminal instituiu disposição conflitante, o que evidencia que a escravidão no Brasil, em termos jurídicos, é marcada não apenas por conflitos entre direito positivo e direito natural, como também por questões relacionadas à supremacia da Constituição enquanto norma fundamental de um Estado.

14 Descrição do caso extraída de: NEQUETE, Lenine. As Relações entre Senhor e Escravo no Século XIX: o caso da Escrava Honorata. *Revista Brasileira de Estudo Políticos*, Belo Horizonte, nº 53, p. 223-248, 1981.

Criminal do Império¹⁵ determinava que cabia ação penal pública quando miserável a pessoa ofendida, sobretudo se tratasse de escravo, o qual, por expressa disposição legal, não podia prestar queixa direta contra seu dono.

Ao recorrer do despacho de pronúncia à Relação de Pernambuco, o Desembargador Freitas Henriques, que no futuro seria o primeiro presidente do Supremo Tribunal Federal, apresentou as razões pelas quais não haveria como levar a júri popular o réu.

Na interpretação do magistrado, o inquérito foi baseado nas declarações de Honorata e do escravo Tibúrcio, depoimentos que não tinham qualquer força jurídica, já que, pela letra e “espírito” do artigo 89 do Código de Processo Criminal do Império¹⁶, os escravos não podiam ser testemunhas contra quem quer que seja. Na sequência de sua leitura “conforme o regime”, o magistrado asseverou que, embora a lei conferisse ao Ministério Público a legitimidade para representar pessoas miseráveis, os escravos não podiam ser considerados como tal, já que o artigo 72 do Código de Processo Criminal¹⁷ era bastante claro em atribuir somente aos senhores o direito de queixar-se por seus escravos.

No arremate final da decisão, refere Nequete, concluiu o desembargador:

Embora este processo refira-se a fato torpe, merecedor de severa reprovação, caso seja verdade que o recorrente é o seu autor, e, especialmente, pela infeliz condição da ofendida, parece-me que a ele não se devia ter dado publicidade, pelo decoro público, para ficar por fim impune pelas razões do acórdão, ou por falta do poder público para o punir, segundo os fundamentos do meu voto. [...] enquanto infelizmente no país houver escravos, é manifesto que os direitos dos senhores sobre os mesmos

15 Art. 73. Sendo o offendido pessoa miserável, que pelas circunstancias, em que se achar, não possa perseguir o offensor, o Promotor Publico deve, ou qualquer do povo pôde intentar a queixa, e prosseguir nos termos ulteriores do processo (redação original).

16 Art. 89. Não podem ser testemunhas o ascendente, descendente, marido, ou mulher, parente até o segundo gráo, o escravo, e o menor de quatorze annos; mas o Juiz poderá informar-se delles sobre o objecto da queixa, ou denuncia, e reduzir a termo a informação, que será assignada pelos informantes, a quem se não deferirá juramento. Esta informação terá o credito, que o Juiz entender que lhe deve dar, em attenção ás circunstancias (redação original).

17 Art. 72. A queixa compete ao offendido; seu pai, ou mãe, tutor, ou curador, sendo menor; senhor, ou conjugue (redação original).

escravos não podem deixar de ser regulados por leis especiais ou peculiares em razão de não tratar-se de igual para igual, como não pode ser pela essência e natureza particular na sociedade heril, pela superioridade legal e moral que aqueles têm sobre estes [...].¹⁸

Embora a letra da lei à época desse margem a mais de uma interpretação, caso contrário não teria havido a denúncia do réu em primeira instância, o voto que prevaleceu foi aquele afinado com o pensamento escravocrata da época. Nequete ao avaliar o caso, chega a seguinte conclusão: “Mas, que fazer? A lei é que era injusta? Ou, pelo contrário, injusta era a sua leitura? – A resposta, deixamo-la aos que nos lêem”¹⁹.

Os problemas jurídicos provocados pelo modo econômico explorador das relações escravistas não era exclusividade do direito brasileiro. Isso porque, mais ou menos trinta anos antes, em 1857, o tribunal de cúpula do direito norte-americano enfrentou discussão quanto a possibilidade de liberdade de escravo que, ao mudar de estado da federação, reclamava ser agraciado pela legislação do Missouri. A Suprema Corte em voto histórico reconheceu que o reconhecimento da demanda implicaria em negar o direito de propriedade do dono do escravo. O precedente ficou conhecido historicamente como o caso *Dred Scott vs. Sandford*²⁰.

Embora refratários a contextos históricos, políticos e jurídicos diferentes, os dois casos relatados apresentam a relação escrava como *modus operandi* impregnado na cultura, de tal maneira que nem a legislação (no caso brasileiro), como também a Constituição (nos Estados Unidos da América), poderiam ser considerados como instrumentos jurídicos dotados da eficácia social necessária para transformar o *status quo*²¹. Seguindo a reflexão, a próxima seção apresentará a atual discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais.

18 NEQUETE, *op. cit.*, p. 229-230.

19 *Id.*, *ibid.*, p. 248.

20 Cf. *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S. 393 (1858).

21 A narrativa feita em “Negrinha” parece colocar em evidência a consciência dos proprietários rurais que ainda reproduziam a relação escravista após a edição da Lei Áurea. Nesse sentido, a literatura serve para denunciar que, embora juridicamente a escravidão estivesse vedada, a realidade se mostrava mais nefasta. Talvez venha a ser esta, precisamente, a crítica que o texto literário de Monteiro Lobato ensaja, isto é, a problematização da efetividade das normas.

3. O trabalho como direito fundamental e a sua efetividade: estrutura jurídica para erradicação do trabalho escravo

A erradicação do trabalho escravo se reveste do caráter de direito humano fundamental, uma vez que reconhecida por diversos tratados, convenções, pactos e declarações de direitos no plano internacional. Por outro lado, a persistência da prática no Brasil e a dificuldade para punir, de forma exemplar, os infratores, geram questionamentos sobre a efetividade de tais direitos no plano prático.

Conforme lição de Latorre, parte importante das normas jurídicas consubstancia-se em ordens ou proibições de fazer alguma coisa²². Segundo o autor, este é o aspecto mais simples, popular e dramático do direito, haja vista que a vida em sociedade exige a abstenção ou a prática de certos atos para que a vida em comunidade possa existir²³.

O direito ao trabalho digno está inserido nos chamados direito sociais, ou direitos de segunda dimensão, os quais surgiram como reação ao liberalismo clássico vigente nos séculos XIX e princípio do século XX, que pregava uma conduta absenteísta do Estado, na lógica da igualdade no plano formal.

Os direitos sociais

por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social²⁴.

22 LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. Manuel de Alarcão. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1978, p. 20.

23 Latorre igualmente destaca a existência dos chamados direitos subjetivos, em que o direito não se reveste de caráter imperativo ou sancionador, mas sim de um caráter instrumental, a serviço dos cidadãos, “como um conjunto de disposições que servem de base, ajuda e limite à satisfação dos nossos desejos, à nossa livre atividade, ao desenvolvimento da nossa personalidade (id., *ibid.*, p. 20).

24 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 217-218.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal prevê que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A despeito da disposição constitucional, convém trazer à baila a distinção doutrinária traçada entre eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais²⁵.

Conforme doutrina Barroso, a eficácia está relacionada à aptidão da norma para produzir efeitos²⁶. Embora o comando normativo esteja apto para produzir efeitos, existem obstáculos para sua concretização. Trata-se da questão da efetividade, ou eficácia social, nos dizeres do autor. Nesse sentido,

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.²⁷

Ainda segundo Barroso, quando existe o confronto entre uma norma e um sentimento social arraigado, que contraria as tendências prevalentes na sociedade, duas consequências podem advir: ou a norma cai em desuso ou a sua efetivação depende da frequente utilização do aparelho de coação estatal²⁸.

Exemplo de lei em desuso, em termos históricos, é a Lei Feijó. Publicada em 07/11/1831, esta lei tinha como objetivo abolir o tráfico de escravos no Brasil, o que ocorreu em virtude da intensa pressão exercida pela Inglaterra, grande potência econômica da época. Embora a lei dispusesse, em seu artigo 1º, que “Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brazil, vindos de fóra, ficam livres”, além de cominar diversas sanções para os importadores de escravos, sua efetividade foi nula, pois contrariava os interesses dos grandes proprietários de terra, que dominavam a política brasileira do período. Passou para história como “lei para inglês ver”.

25 Valendo-se da tradicional doutrina sobre as normas constitucionais, assume que as normas jurídicas gozam de eficácia e efetividade. Eficácia jurídica, para o presente debate, deve ser concebida como a capacidade de uma norma jurídica de produzir efeitos. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 66.

26 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

27 Id., *ibid.*, p. 82-3.

28 Id., *ibid.*, p. 83.

Freitas destaca que apesar da lei o Brasil importou, após o começo de sua vigência, cerca de 550.000 escravos até meados do século XIX, proporcionando aos traficantes lucros estimados em 1.500%, um dos maiores da história²⁹. O historiador descreve a “tática” utilizada pelo então governo regencial brasileiro para tornar inefetiva a própria lei: “para assegurar a impunidade dos infratores, o Estado Escravista determinou que fossem julgados por um júri composto de proprietários de escravos, pessoas sujeitas às mesmas penas por haverem adquirido escravos importados ilegalmente.³⁰”

Ao relacionar o caso da Lei Feijó com a questão da efetividade, percebe-se que incumbe ao Estado não apenas estabelecer a legislação mediante a constituição de um texto legal independentemente de mecanismos jurídicos hábeis para concretizar o comando jurídico. Pode-se pensar, assim, que a efetividade das normas jurídicas (fundamentais, constitucionais), também está atrelada à existência de instrumentos que dotem do poder de coação na realização dos comandos normativos, sob pena do direito ser relegado ao plano meramente declaratório ou abstrato.

Na lição de Barroso, são quatro os pressupostos que conduzem à efetividade das normas constitucionais: (1) a Constituição deve conter-se em limites de razoabilidade ao tratar das relações sociais que cuida; (2) as normas constitucionais sempre são dotadas de eficácia jurídica, o que atribui o caráter de imperatividade; (3) as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a identificação da posição jurídica em que se investem os jurisdicionados; (4) as posições jurídicas necessitam de instrumento de tutela adequados³¹. Do quadro apresentado por Barroso, o item quatro, relativo aos instrumentos de tutela, representa o maior entrave à efetivação do trabalho decente.

Cogita algumas possibilidades para erradicar o trabalho escravo a partir dos instrumentos previstos pelo sistema jurídico, destacando-se:

A participação do Poder Executivo mediante políticas públicas de fomento à fiscalização como estruturação e estruturação e aparelhamento dos órgãos do Ministério do Trabalho e Polícia Federal.

29 FREITAS, *op. cit.*, p. 90.

30 *Id.*, *ibid.*, p. 90.

31 BARROSO, *op. cit.*, p. 86.

Nesse sentido, a Lei nº 10.608/02³² prevê o pagamento de parcelas do seguro-desemprego e assistência à reinserção do trabalhador resgatado do regime de trabalho forçado ou condição análoga a de escravo.

A institucionalização da erradicação do trabalho escravo utiliza-se do Ministério Público, especialmente o Federal e do Trabalho, como fiscalizadores das condições laborais e respeito às leis trabalhistas, com o objetivo de proporcionar o gozo dos direitos fundamentais nas relações do trabalho. Incumbe ao Ministério Público Federal promover a responsabilização criminal dos infratores, tendo como base a tipificação descrita no artigo 149 do Código Penal³³. A atuação do Ministério Público do Trabalho está direcionada para a promoção da correção de conduta do infrator, mediante instrumentos que lhes são disponibilizados, como a assinatura de termo de ajuste de conduta (art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85) e o ajuizamento de ação civil pública, na qual poderá o *Parquet* pleitear a condenação do réu a obrigações de fazer ou não fazer, além do pagamento de multa por dano moral coletivo.

Não se pode descartar a participação de personalidades da sociedade civil, tal como as organizações não-governamentais. Como exemplo, a organização Repórter Brasil, que, conforme seu sítio na internet³⁴, “foi fundada em 2001 por jornalistas, cientistas sociais e educadores, como o objetivo de fomentar a reflexão e ação sobre a violação aos direitos fundamentais dos povos e trabalhadores do campo no Brasil”. Na mesma área, destaca-se a Comissão Pastoral

32 Art. 2º. A Lei. 7.998, de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-C: “Art. 2º-C. O trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, em decorrência de ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, será dessa situação resgatado e terá direito à percepção de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo cada, conforme o disposto no § 2º deste artigo.

§1º. O trabalhador resgatado nos termos do *caput* deste artigo será encaminhado, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para qualificação profissional e recolocação no mercado de trabalho, por meio do Sistema Nacional de Emprego – SINE, na forma estabelecida pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT”.

33 Código Penal. Redução à condição análoga à de escravo. Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (sic).

34 Disponível em: www.reporterbrasil.org.br. Acesso em: 12/11/2011.

da Terra³⁵, órgão da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que promove ações em defesa dos direitos humanos, em especial dos trabalhadores rurais.

Esses são os diversos elementos à disposição dos cidadãos, que podem denunciar aos poderes públicos qualquer caso de trabalho escravo de que tenham conhecimento. Embora a efetividade ainda seja um propósito que não tenha sido alcançado em sua totalidade, a verdade é que o ordenamento jurídico atual fornece mecanismos de tutela dos direitos fundamentais destinados a dotar-lhes de efetividade.

4. Discutindo a escravidão no momento contemporâneo

Embora a Lei Áurea tenha extinguido de maneira oficial a escravidão em terras nacionais, o fenômeno de submeter pessoas para servir-se de seu trabalho chega aos dias atuais com face renovada. Na visão de Freitas “a escravidão apareceu no mundo desde que os homens se dividiram em classes, podendo-se dizer que escravidão e civilização se apresentam sincronicamente na história”³⁶.

No Brasil do período pós-abolicionista, como se sabe, a dinâmica do regime escravocrata vem superada com a figura do imigrante, que surge como mão-de-obra farta, barata e disponível. Mesmo sendo diversos os fatores que possam ter resultado na imigração, indicam-se os tumultuados processos de unificação alemã e italiana no final do século XIX, bem como a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), ao que se somam os incentivos financeiros ofertados pelo governo brasileiro com o objetivo de subsidiar a nova forma de mão-de-obra. Na verdade, os imigrantes recém-chegados, alemães, italianos e japoneses, em sua maioria, “escravos da dívida e sufocados pelo poder dos coronéis, recebiam o mesmo tratamento dispensado ao negro”³⁷.

35 Disponível em: www.cptnacional.org.br. Acesso em: 12/11/2011.

36 FREITAS, *op. cit.*, p. 12.

37 NINA, Carlos Homero Vieira. *Escravidão ontem e hoje: aspectos jurídicos e econômicos*. Brasília, 2010, p. 70.

O tratamento escravo vigente na história brasileira, imperial e pós-republicana, acaba sendo o produto relacionado ao modelo de produção adotado, fundado sobre relações econômicas dependentes da desigualdade socioeconômica. Dessa forma, mesmo nos casos em que o trabalhador foi libertado da relação escrava, a sua situação de pobreza acaba sendo a principal causa para a sua recondução como escravo³⁸.

Não se pode negar que o direito procura fazer a sua parte, inclusive, transformando-se ao longo da história para procurar dar maior efetividade às normas protetivas-proibitivas do trabalho escravo, sendo a prática da submissão à escravidão repudiada pela comunidade internacional. Assim é a previsão feita no artigo IV da Declaração Universal de Direitos Humanos, ao dispor que: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o tema encontra guarida nas Convenções 29³⁹ e 105⁴⁰ da OIT, a primeira versa sobre o trabalho forçado ou obrigatório e, a segunda, sobre a abolição do trabalho forçado. Conforme se extrai do art. 2º, da Convenção 29 da OIT, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” compreende todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. Do conceito são retiradas duas premissas para a caracterização do trabalho escravo: a ameaça de punição e a prestação de trabalho de forma involuntária. Esta é a caracterização do trabalho forçado, comum em zonas rurais do país, em que o trabalhador é atraído para uma localidade afastada, sob a promessa de trabalho com boa remuneração, ao fim do qual se vê refém do dono das terras, sendo obrigado a trabalhar praticamente para a subsistência,

38 SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil*. São Paulo, LTr, 2008, p. 119.

39 Ratificada pelo Decreto Legislativo nº 24/56 e promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25-06-1957.

40 Ratificada pelo Decreto Legislativo nº 20/65 e promulgada pelo Decreto nº 58.822, de 14-07-1966.

com maus-tratos e vigilância constante para impedir sua fuga do local. Sinal-se que o trabalho forçado no Brasil não pode ser utilizado sequer como pena, conforme dicção do artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

A prática de redução de pessoas à condição análoga à de escravo ofende diversos dispositivos da Carta Magna, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV), a vedação de submissão a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a função social da propriedade (art. 5º, XXIII) e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII).

Na esfera criminal, o artigo 149 do Código Penal, com redação dada pela Lei 10.803/03, passou a tipificar o crime de redução à condição análoga à de escravo. O texto legal supratranscrito apresenta definição mais abrangente quanto ao tema, pois abarca não apenas o trabalho forçado, que possui relação com a restrição de locomoção e o caráter involuntário da prestação do labor, na esteira do preconizado pela OIT, como também o trabalho desempenhado em condições degradantes.

O trabalho degradante possui relação com as condições em que o trabalho é desenvolvido, especialmente no que tange à inobservância de normas de saúde, higiene e segurança, como a imposição de jornadas excessivas, alimentação inadequada, ausência de água potável e de fornecimento de equipamentos de proteção.

Enquanto o trabalho forçado encontra sua maior incidência no meio rural, o trabalho degradante é fenômeno que atinge as searas rural e urbana. Na área rural, conforme dados do Ministério do Trabalho e Emprego, divulgados na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, os grandes focos de trabalho escravo estão concentrados nos estados do Pará (desmatamentos e fazendas), Mato Grosso (fazendas e madeireiras), Maranhão (fazendas, manejo florestal, reflorestamento e produção de carvão) e Goiás (capina e colheita de sementes de braquiária)⁴¹.

41 ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro. Abordagem Sócio-Jurídica. *Revista TRT 12ª Região*, Florianópolis, n. 17, 2003, p. 105.

No âmbito urbano, a incidência de trabalhadores imigrantes é maior. O caso mais emblemático ocorre com os imigrantes bolivianos, que ingressam em território brasileiro de maneira irregular, sendo explorados em pequenas confecções e oficinas clandestinas da grande São Paulo e municípios do interior paulista⁴².

Em que pese o extenso arcabouço normativo existente, dados do Ministério do Trabalho e Emprego⁴³ apontam que, entre 2003 e o final de janeiro de 2011, houve o resgate oficial de 33.392 trabalhadores da condição análoga à de escravo, em 2.046 fazendas fiscalizadas. Essas informações são indicativos de que o problema do trabalho escravo está além das capacidades funcionais do direito – ou da efetividade das normas, demandando o seu enfrentamento através de outras vias, como as políticas públicas e participação da sociedade para revisão do modelo econômico que ainda permite esse tipo de relação.

Conclusão

Assim, a partir da Literatura abre-se uma fenda na dogmática jurídica, dando espaço para discutir a limitação própria do Direito como único instrumento disponível para a mudança da realidade. Isto é, mesmo havendo mecanismos jurídicos próprios a dar efetividade às normas de direito fundamental, conclui-se que o problema do trabalho escravo exige esforços maiores da sociedade.

A análise do conto “Negrinha”, de Monteiro Lobato, traz à tona a faceta mais cruel da escravidão. Os maus tratos a que era submetida a menina apontam para um momento histórico brasileiro em que as normas que, progressiva e formalmente, procuravam afastar o trabalho escravo não tinham elementos hábeis para constituir a sua eficácia.

42 Cf. NINA, *op. cit.*, p. 136.

43 Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/resultados_fiscalizacao_2003_2011.pdf>. Acesso em: 06/11/2011.

Embora não se possa negar que o trabalho escravo ainda exista no Brasil, é inegável que a partir da Constituição de 1988, a proteção contra o trabalho escravo, reconhecida como um direito fundamental, possui méritos por prever uma série de instrumentos jurídicos aptos a desenvolver e proteger a efetividade das normas fundamentais.

Referências bibliográficas

ABREU, Lília Leonor. ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro. Abordagem sócio-jurídica. *Revista TRT 12ª Região*, Florianópolis, n. 17, p. 105-120, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FREITAS, Décio. *O escravismo brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes . *Direito & literatura: anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*. Curitiba: Juruá, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes . Desilusão jurídica em Monteiro Lobato: anatomia de um desencanto. In: TRINDADE, André Karam (Org.). *Direito & Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 207-222.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1971.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1978.

MALERBA, Jurandir. *Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil*. Maringá: EDUEM, 1994.

MELLO, Neide Moraes de. *Intelectuais na Vida Pública: Mário de Andrade e Monteiro Lobato*. Tese (Doutorado em Ciências Políticas), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Nova Fronteira, 2000.

NEQUETE, Lenine. As Relações entre Senhor e Escravo no Século XIX: o caso da Escrava Honorata. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 53, p. 223-248, 1981.

NINA, Carlos Homero Vieira. *Escravidão ontem e hoje: aspectos jurídicos e econômicos*. Brasília, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Trabalho escravo: a abolição necessária – uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TRINDADE, André Karam. GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam (Org.). *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Recebido em: abri de 2011

Aprovado em: junho de 2011

