

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.33 | Setembro / Dezembro 2017

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

 **Newton**

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Denise de Lourdes Oliveira

COORDENADOR GERAL DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrès Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.33, set. / dez. 2017

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva, Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Moraes | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de València, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Leonardo Alves Corrêa | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oswaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>

Projeto Gráfico: Ariane Lopes



sumário

APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....10-12

ARTIGOS

O MITO DA VERDADE MATERIAL: ANÁLISE TEÓRICO-EPISTEMOLÓGICA
DA LEGISLAÇÃO RELATIVA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
E SUA APLICAÇÃO PELO CARF

MARCIANO BUFFON | GUSTAVO SILVEIRA VIEIRA..... 13-27

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: BREVES
CONSIDERAÇÕES E PERSPECTIVAS ANALÍTICAS

IVAN APARECIDO RUIZ | TAÍS ZANINI DE SÁ DUARTE NUNES |
ALEXANDRE ZAPOROSZENKO CAVAZANI.....28-46

EFEITOS DO TRANSCURSO DO TEMPO E A POLÊMICA SOBRE A PRESCRIÇÃO
DAS MULTAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

MARCOS EHRHARDT JÚNIOR | RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES..... 47-62

NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: PARÂMETROS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS COM
ENFOQUE NA CALENDARIZAÇÃO SUSTENTÁVEL

MAGNO FEDERICI GOMES | CAMILLA BOTREL CALIXTO | VINICIUS MOREIRA DINIZ..... 63-77

MOBILIDADE URBANA ÀS PRAIAS COMO REFLEXO DE UM DIREITO A CIDADE
PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

ANA MARIA SEIXAS PAMPONET | MILTON SILVA DE VASCONCELLOS..... 78-93

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS E A
NECESSÁRIA EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA

ISMAEL FRANCISCO DE SOUZA | RENATA NÁPOLI VIEIRA SERAFIM..... 94-107

O SERMÃO DO MONTE E A FILOSOFIA DA PRÁXIS DE GRAMSCI: PARA ALÉM
DAS INCOMPATIBILIDADES A PRIORI

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSINGUER | HELENO FLORINDO DA SILVA.....108-126

A EFETIVIDADE DA FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL NUMA PERSPECTIVA
COMPARADA ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO PENAL

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES | ALEXANDRA FONSECA RODRIGUES.....127-144

A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA E A DEMOCRACIA PARA KELSEN, BOBBIO
E FERRAJOLI: UMA CRÍTICA À CONCEPÇÃO PURAMENTE FORMAL

DANIELA RUSCHEL MALVASIO.....145-155

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO:
À PROCURA DE UMA CONTENÇÃO SAUDÁVEL

MARGARETH VETIS ZAGANELLI | ÉRICA BIANCHI PIVA.....156-172

apresentação



A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) apresenta-se no cenário jurídico nacional, como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da análise crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo.

Possui como linha editorial temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*, objeto central de nossas publicações.

O periódico encontra-se classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, obteve, ainda, recentemente sua indexação no *Portal de Periódicos da Capes*, permitindo-se maior acesso e disponibilização da pesquisa a comunidade acadêmica.

É com satisfação que apresentamos o terceiro e último número da *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva* em 2017 (n. 33, set./dez. 2017).

Agradecemos aos autores pela confiança assentada em nossa revista para fins de publicação de suas pesquisas e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações.

O presente número do periódico compõe-se por dez trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

No primeiro artigo, Marciano Buffon, Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Gustavo Silveira Vieira, Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos analisam a legislação relativa ao Processo Administrativo Tributário (PAT) e sua aplicação à luz da Jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), com interessante abordagem sobre a fundamentação das decisões proferidas.

No segundo texto, "Arbitragem e Administração Pública Brasileira", Ivan Aparecido Ruiz, Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá e do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá, Taís Zanini de Sá Duarte Nunes, Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá e Alexandre Zaporoszenko Cavvazani, graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá escreveram sobre a possibilidade de utilização da Arbitragem como meio extrajudicial adequado e viável para a solução de litígios envolvendo a Administração Pública. Nessa senda, preconizam que a Arbitragem se tem como plenamente cabível no Brasil em litígios dos quais participem Pessoas Jurídicas de Direito Público.

Do Estado de Alagoas, Marcos Ehrhardt Júnior, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário Cesmac, e Ricardo Schneider Rodrigues, Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas e Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário Cesmac, discorrem sobre a questão envolvendo a possibilidade de cominação de multa pelos Tribunais de Contas encontrar-se sujeita à prescrição e qual o regime jurídico aplicável à hipótese de inexistência de norma jurídica sobre o tema. Nesse sentido, destacam, que a ausência de regra expressa não permite a aplicação de penalidades a qualquer tempo, pois equivaleria a instituir penas imprescritíveis sem amparo constitucional.

Com o artigo intitulado "Negociação Processual: parâmetros legais e doutrinários com enfoque na calendarização sustentável", Magno Federici Gomes, Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa e Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto, Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara e Professor da PUC Minas em conjunto com Camilla Botrel Calixto, Pós-graduada em Direito de Empresa pela PUC Minas e Vinicius Moreira Diniz, graduando em Direito pela PUC Minas apresentam importantes reflexões sobre os parâmetros legais e doutrinários da negociação processual, com enfoque nos negócios regulamentados como calendarização sustentável,

espécie que possibilita a criação de uma agenda com definição de datas para a prática de determinados atos processuais, garantindo, assim, a aplicação da dimensão jurídico-política da sustentabilidade.

Ana Maria Seixas Pamponet, Pós-doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Coimbra e Professora de Metodologia Científica da Faculdade Apoio Unifass e Milton Silva de Vasconcellos, Mestrando em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL e Professor da Faculdade Apoio Unifass, ambos da Bahia, discutem a questão da mobilidade urbana e acesso às praias para pessoas com deficiência no município de Salvador/Bahia. Analisam a temática sob a perspectiva da compreensão do alcance significativo trazido pela acessibilidade no Estatuto da Pessoa com Deficiência, destacando, ainda, tratar-se da concretização de um direito fundamental à cidade.

No sexto artigo, Ismael Francisco de Souza, Doutor em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul, Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense e Renata Nápoli Vieira Serafim, Mestranda em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, propõem repensar a educação de crianças e adolescentes - enquanto sujeitos de direitos - promovendo assim a necessária educação voltada para o exercício democrático e participativo da cidadania.

Com o artigo intitulado “O sermão do monte e a filosofia da práxis de Gramsci: para além das incompatibilidades *a priori*”, Elda Coelho de Azevedo Businguer, Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro, Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória e Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória e Heleno Florindo da Silva, Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória e Coordenador Geral do Curso de Direito da Faculdade Multivix (Cariacica/ES), realizam interessante análise a respeito da possibilidade de aproximação entre a racionalidade marxista e a racionalidade cristã, com suporte na construção teórico-filosófica de Gramsci.

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará, Professor da Universidade da Amazônia, da Faculdade Ideal e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, e Alexandra Fonseca Rodrigues, Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia, examinam em seu articulado a efetividade da força normativa constitucional nos campos do Direito Civil e Direito Penal, compreendendo ser imprescindível a observância da eficácia dos direitos fundamentais e a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana em toda e qualquer seara jurídica.

Do Rio Grande do Sul, Daniela Ruschel Malvasio, Mestre em Direito pela Faculdade Meridional discorre sobre a compreensão da validade da norma jurídica e da democracia a partir da perspectiva da concepção teórica de Kelsen, Bobbio e Ferrajoli, propondo um estudo sistemático da temática em análise.

No último artigo intitulado “Judicialização da saúde e a obtenção de medicamentos de alto custo: à procura de uma contenção saudável”, Margareth Vetis Zaganelli, Pós-doutora pela Università degli Studi di Milano-Bicocca e pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Doutora em Direito pela UFMG e Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo e Érica Bianchi Piva, graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo analisam a questão da universalização do direito à saúde no Brasil, sob a perspectiva do fenômeno da judicialização da saúde, especificamente, no tocante a propositura de demandas por medicamentos de alto custo, tendo por suporte a compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

Por fim, desejamos aos leitores uma excelente leitura, esperando que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores possam colaborar para a proposição de futuras pesquisas, e, para o enriquecimento do conhecimento científico em nossos países.

Professor Doutor Michael César Silva

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

O MITO DA VERDADE MATERIAL: ANÁLISE TEÓRICO-EPISTEMOLÓGICA DA LEGISLAÇÃO RELATIVA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E SUA APLICAÇÃO PELO CARF

THE MYTH OF MATERIAL TRUTH: THEORETICAL-EPISTEMOLOGICAL ANALYSIS OF THE LEGISLATION RELATED TO THE ADMINISTRATIVE TAX PROCEDURE AND ITS APPLICATION BY CARF

Marciano Buffon ¹
Gustavo Silveira Vieira ²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a legislação relativa ao Processo Administrativo Tributário no tocante à produção de provas e ao prazo estabelecido para a juntada de documentos. A referida análise foi feita com base em duas normas vigentes que tratam da matéria, quais sejam o Decreto nº 70.235/72 e a Lei nº 9.784/99, tendo este estudo como intuito (i) definir qual a legislação idônea a regulamentar o Processo Administrativo Tributário, a partir de um cotejo analítico entre tais normas, (ii) verificar se a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) encontra-se em consonância com o resultado da pesquisa realizada, bem como (iii) analisar, à luz da hermenêutica filosófica, se os critérios utilizados pelos conselheiros na fundamentação de seus votos foram baseados em princípios e estão adequados do ponto de vista da Constituição Federal e da Teoria do Processo.

Palavras-chave: Devido processo legal; processo administrativo tributário; provas.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the legislation related to the Administrative Tax Procedure regarding the production of evidence and the deadline established for the gathering of documents. An analysis based on two current regulations, which are Decree 70.235/72 and Law 9.784/99, and this study intends to define the appropriate legislation to regulate the Administrative Tax Procedure, based on an analysis between such regulations, verify if the Administrative Council of Tax Appeals (CARF) jurisprudence is in line with the results of the research carried out, as well as to analyze, in the light of philosophical hermeneutics, if the criteria used by the counselors in the basis of their votes were based on principles and are adequate from the point of view of the Federal Constitution and the Theory of Procedure.

Keywords: administrative tax procedure; due process of law; evidences.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) e da graduação na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado.

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O desafio proposto nesta pesquisa é o de analisar o contexto da produção probatória no âmbito do Processo Administrativo Tributário (PAT), trazendo para o debate o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, bem como estabelecer qual a legislação idônea a regulamentar o prazo para a juntada de documentos no PAT. Considerando-se a escassez de doutrina específica sobre o tema e a forma destoante com que o CARF julga os casos desta natureza, a dificuldade de enfrentar alguns problemas é recompensada pela necessidade de que se estabeleça critérios objetivos para aplicação de determinada legislação, não sendo coerente que cada caso seja tratado de forma diversa, através de decisões não universalizáveis.

O presente trabalho pretende aferir os principais pontos das duas normas vigentes que regulam a produção probatória no PAT (Decreto 70.235/72 e a Lei 9.784/99) e, mais especificamente, o prazo para a juntada de documentos, concluindo-se qual das legislações estaria em maior conformidade com a Constituição e com a Teoria do Direito. Para tanto, o trabalho estrutura-se em três partes distintas.

A primeira cuida de analisar o conceito de Processo Administrativo Tributário e a legislação vigente, confrontando-se o Decreto 70.235/72 e a Lei 9.784/99, trazendo-se para o debate a evidente antinomia principiológica entre tais normas. Estando clara a árdua tarefa que se apresenta, busca-se auxílio, também, nas lições clássicas de Direito Processual Civil. Também é trabalhado, nesse primeiro momento, o processo não apenas como mera ferramenta de aplicação do direito material, mas sim como um instrumento de efetiva participação democrática e busca pela tendencial completude do material probatório.

O segundo momento do trabalho foi destinado ao estudo de conceitos relacionados à prova, preclusão e verdade, estabelecendo-se, como pano de fundo da seção, que a verdade não é algo fracionável, como de há muito faz parte da doutrina. Além disso, busca-se, principalmente, deixar claro que em nome do “princípio” da verdade material/real não se pode desconsiderar a lei e os procedimentos democraticamente estabelecidos pelo legislador.

Por fim, na última seção da pesquisa busca-se verificar, se o resultado a que se chegou, após o enfrentamento do problema, está em consonância com a jurisprudência do CARF. Ainda, outras questões relevantes são analisadas, como (i) a necessidade de que as decisões – tanto no âmbito administrativo como no judicial – sejam tomadas com base em princípios. Demonstra-se, também, a forma com que tais princípios devem ser aplicados – deontológica ou teleologicamente –, e (iii) a impossibilidade de que alguma regra possa ser corrigida por argumentos políticos ou morais.

O trabalho se vale do método de abordagem fenomenológico hermenêutico, com técnicas de pesquisa caracterizadas de forma bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, esta última, trabalhada a partir de estudo de caso, cujo objetivo é provocar reflexões a partir do cruzamento de ideias utilizadas na fundamentação das decisões do CARF, com os ensinamentos doutrinários e textos normativos.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E LEGISLAÇÃO VIGENTE

O conceito de Processo Administrativo Tributário surge a partir da ideia de um fato ocorrido no âmbito da Administração Pública, sendo o instrumento de que se vale o Poder Público para dar operatividade ao Direito e à administração da Justiça. Não se confunde, nem tampouco substitui, o Processo Judicial –; no entanto, guarda uma relação de afinidade tanto com o Processo Civil como com o Processo Penal, embora deles se diferencie em diversos aspectos. Hugo de Brito Machado (2003, p. 264) afirma que Processo Administrativo Tributário consiste em uma série ordenada de atos administrativos através da qual “manifesta-se a Administração Tributária a respeito de uma relação sua com um contribuinte, ou mesmo com um terceiro, ou simplesmente interpreta a legislação tributária.”

Há autores que defendem que a Administração Pública não teria a obrigatoriedade de criar um arcabouço processual próprio para regular a forma de cobrança de tributos eventualmente inadimplidos, e que poderia apenas, ao constatar irregularidades praticadas pelo contribuinte, gerar um documento com força de título extrajudicial (a ser inscrito em dívida ativa) e iniciar perante o Judiciário o procedimento executivo (SILVA, 2010, p.31). Embora tal medida possa parecer eficaz e implicar celeridade nos procedimentos no âmbito administrativo, a verdade é que atravancaria ainda mais o Poder Judiciário, que de há muito sofre com o problema do grande volume de processos que diariamente batem às suas portas. Portanto, felizmente a escolha não foi essa.

Em um Estado Democrático de Direito, toda e qualquer pretensão de interferência na esfera individual dos cidadãos deve assegurar a garantia dos valores e princípios insertos na Carta Magna. Nesse sentido, quando a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LIV, a necessidade de observância a ritos procedimentais previamente conhecidos com vistas à proteção aos direitos e garantias fundamentais, deixa claro que o direito de defesa ascende como decorrência lógica do princípio do devido processo legal, que pode ser definido como direito ao procedimento adequado em contraditório, mesmo porque, não se pode negar que “a legalidade administrativa não se vincula somente ao texto legal, pois os princípios constitucionais é que dão vigor à lei e ao ato público, dentro do sistema harmônico do ordenamento jurídico” (REDUCINO, 2010, p.96).

Cuida-se assim, de uma espécie de estatuto básico processual. Os princípios não apenas garantem o cidadão contra o arbítrio da força estatal e de grandes corporações, mas também estabelecem diretivas de ordem geral prestantes à solução de casos problemáticos. Como o processo não se resume a uma simples sequência de atos concatenados, o devido processo legal ultrapassa a mera regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem eficazmente por meio do contraditório na formação do convencimento do julgador. Por tais razões, constitui aspecto essencial do devido processo legal assegurar o contraditório e a ampla defesa (OLIVEIRA, 2009, p.93-103).

Portanto, estabeleceu a Administração Pública o processo como meio adequado e ético de constituição e aperfeiçoamento do crédito tributário, e também para a prática de atos concatenados com vistas à necessária observância procedimental. É neste terreno, próprio de um Estado de Direito, que o debate deve ser realizado, sempre de forma democrática e pautado na boa-fé e demais os princípios subjacentes à Constituição Federal.

Como intuitivo, o conceito de Processo Administrativo Tributário não possui natureza jurisdicional, e tal questão pode ser constatada a partir das definições clássicas que se tem de jurisdição. Carnelutti (1944, p.89), indiscutivelmente um dos principais teóricos em relação à matéria, defende que a essência da jurisdição estaria no instituto da coisa julgada, e que a função do Estado ao resolver determinado conflito seria exercida pela justa composição da lide. Justo, na visão do autor, é o que o Estado diz que é justo, de forma definitiva e a partir da legislação vigente.

Isso não significa que as decisões tomadas em sede de Processo Administrativo Tributário não sejam dotadas de estabilidade, contudo, a força e a intensidade de tais decisões não se equivalem à rigidez e à solenidade da coisa julgada, situação que pode ser observada pelo fato de que decisões tomadas na seara administrativa podem ser levadas ao Judiciário para uma nova análise, possibilidade consagrada pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, que prevê a inafastabilidade da jurisdição ao mencionar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Paulo de Barros Carvalho (1979, p.9-10) distingue processo e procedimento, quando afirma que o primeiro termo concerne efetivamente à composição de litígios que se opera no âmbito da atividade jurisdicional do Estado, revelando-se como a controvérsia desenvolvida perante os órgãos do Poder Judiciário. Procedimento, para o doutrinador, embora sirva também para nominar a conjugação

de atos e termos harmonizados na seara processual, deve referir-se à discussão que tem curso na esfera administrativa.

O artigo 16 do Decreto 70.235/72 estipula o procedimento relativo à impugnação no Processo Administrativo Tributário e, mais especificamente em seu § 4^o, estabelece expressamente o momento em que a prova documental será apresentada. No entanto, de forma contrária ao que prevê o Decreto mencionado, o artigo 3^o, inciso III da Lei 9.784/99 determina que é um direito do administrado perante a Administração “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. No mesmo sentido, o artigo 38 desta Lei estabelece que, nos Processos Administrativos que tramitarem no âmbito federal⁴, “o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”.

Destarte, verifica-se uma clara antinomia legal entre as normas, situação que se revela deveras perigosa para a ordem jurídica, principalmente quando se constata que o CARF não possui entendimento uníssono em relação à aplicabilidade e à interpretação destas leis no que concerne à preclusão e à apresentação de provas no âmbito do Processo Administrativo Tributário. Assim como não há um posicionamento pacífico na jurisprudência do CARF, de igual forma a doutrina se divide acerca de qual norma deve prevalecer para que se estabeleça o prazo para a juntada de documentos.

James Marins (2003, p.276) posiciona-se no sentido de que o Decreto 70.235/72 deve prevalecer em face da Lei 9.784/99, e que se o interessado deixar de observar o prazo para a juntada de documentos estabelecido no artigo 16, § 4^o (momento da apresentação da impugnação) estará precluso seu direito de fazê-lo em momento posterior, sob pena de afronta às razões de celeridade e economia processual. Esta linha de raciocínio encontra-se respaldada, inclusive, pela própria Lei 9.784/99, que em seu artigo 69 estabelece que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

Indo ao encontro de tais ideias, Fabiana Tomé (2005, p.195) afirma que os conceitos de justiça, segurança jurídica e verdade são construções inerentes ao próprio ordenamento jurídico, e que se não houvesse limitação na busca por tais ideais, o procedimento probatório seria infinito em nome da busca da verdade e da justiça. Embora o direito à prova seja um direito fundamental, ele não é irrisório ou ilimitado, pois o direito deve regular tudo que nele ingressa, mediante a exigência de tempo e forma para a prática de atos. Nesse sentido, pode-se dizer que o objetivo desta limitação é impedir a protelação injustificada do processo através da proposição ilimitada de alegações, além de evitar o atropelo das fases lógicas do procedimento e ocultação proposital de fatos por parte do contribuinte (LOPEZ; NEDER, 2010, p.82-84).

Taruffo (2014, p.23) faz uma análise acerca da relação entre prova e verdade que, embora direcionada para a seara do Processo Civil, não parece haver dúvidas acerca de sua plena aplicabilidade na esfera do Processo Administrativo. Para o autor italiano, as partes e o juiz não podem se valer de

3 “Art. 16. A impugnação mencionará: [...] § 4^o: A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”

4 A despeito da Lei 9.784/99 ser clara em relação à aplicabilidade apenas nos casos que tratem de Processo Administrativo no âmbito Federal, parece não haver dúvidas de que as normas principiológicas insertas em seu arcabouço têm aplicação direta tanto na esfera federal, como na estadual e municipal. Cf. Nery Junior (2008, p.1387-1388).

5 No mesmo sentido Morello (1991, p.18) leciona: “Entonces, se afirma, si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable “la verdad del hecho”, pues dentro de este enclave es más importante que la disputa se resuelva a que se resuelva correctamente, aspecto este último que así se ubica en un plano secundário.”

qualquer meio possível de prova para buscar a verdade dos fatos, tendo, inclusive, que se submeter a diversas regras relativas à admissibilidade e produção da prova. Nestes casos, haverá um abandono pela busca da verdade quando a necessidade de alcançar uma solução final para o litígio se sobrepujar à necessidade de coletar provas adicionais.⁵

De outra quadra, há diversos autores que defendem que o prazo para a juntada de prova documental não pode ser aquele estabelecido pelo Decreto 70.235/72, mas sim aquele previsto pela Lei 9.784/99, por supostamente defender de maneira mais adequada (i) os interesses da Constituição Federal, (ii) o “princípio” da verdade real/material e (iii) o formalismo moderado. Neste sentido, Alessandra Dabul (2004, p.128-129) entende que o Decreto 70.235/72 possui diversas regras que não condizem com a ordem jurídica brasileira e com a própria Constituição Federal. Portanto, para uma norma ter validade dentro do sistema, necessita ser produzida em concordância com os ditames da norma superior, que representa seu fundamento de validade.

Nesse contexto é que se deve analisar a eficácia dos mais diversos artigos do Decreto 70.235/72, isso porque eles não subsistem em face das normas constitucionais vigentes. Deve-se assim estabelecer uma interpretação cautelosa. Quando determinado artigo não assegura os preceitos e valores constitucionais, deve ser substituído pela aplicação de dispositivo de lei superveniente, que atenda de forma mais adequada o texto constitucional. É exatamente o que ocorre em relação ao artigo 16 – que especifica o momento da produção de provas. Portanto, necessário que se aplique o disposto na Lei 9.784/99 (DABUL, 2004, p.131).

No mesmo sentido, Ives Gandra Martins (2012, p.41-43) entende que as exigências meramente formais devem ser afastadas, porquanto a correta instrução do processo, o julgamento justo e a adequada aplicação da lei ao caso concreto são questões basilares que norteiam o Processo Administrativo Tributário, ou seja, ainda que determinada prova seja juntada em momento posterior ao estabelecido no Decreto 70.235/72, se esta contiver evidências que conduzam à modificação de um lançamento ou auto de infração, a apreciação desta prova extemporânea terá atendido o interesse da própria Administração Tributária.

3 VERDADE MATERIAL E DIREITO PROBATÓRIO

Primeiramente, mostra-se necessário estabelecer-se qual a relação existente entre prova e verdade, principalmente quando se constata que o motivo central da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade ou não do Decreto 70.235/72, na temática da produção probatória, seria a necessidade de o Processo Administrativo Tributário ser norteado pelo “princípio” da verdade material, pois a verdade formal não estaria em conformidade com a ampla defesa e o contraditório. Mas será que este fracionamento conceitual de verdade, que de há muito insiste a doutrina em fazer, estaria em consonância com o ordenamento jurídico pátrio e com a Teoria do Direito? Em nome da tão propalada verdade material, seria possível deslegitimar uma legislação democrática e permitir a juntada de documentos de forma intempestiva, ao arripio do Decreto 70.235/72?

Ao longo do tempo muitos filósofos e estudiosos dedicaram grande parte de suas pesquisas para tentar responder alguns questionamentos sobre a verdade: “o que é a verdade?” ou ainda “como buscar a verdade?”. Em Aristóteles (1969, p.107) é possível encontrar a célebre formulação – que pode servir como ponto de partida para inúmeras construções acerca do tema – que estabelece de

⁵ No mesmo sentido Morello (1991, p.18) leciona: “Entonces, se afirma, si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable “la verdad del hecho”, pues dentro de este enclave es más importante que la disputa se resuelva a que se resuelva correctamente, aspecto este último que así se ubica en un plano secundario.”

forma objetiva que “falso é dizer que o que é, não é, ou que o que não é, é; verdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é; e assim, quem afirma que uma coisa é, ou que não é, estará dizendo uma verdade ou uma falsidade”. Por seu turno, Heidegger (2005, p.282-283) esclarece que a estrutura da verdade reside na concordância entre o juízo (proposição) e seu objeto. Portanto, se verdade consiste na concordância de um conhecimento com o seu objeto, resta saber o que significa o termo concordância. Para o autor, a concordância de algo com algo tem o caráter formal da relação de algo com algo, ou seja, toda a concordância e, assim também, toda verdade é uma relação. No entanto, nem toda a relação é uma concordância.

Para que a verdade seja descoberta, ela precisa ser arrebatada da ocultação e do velamento das coisas como um roubo. Por ocultação, pressupõe-se que as coisas se mantêm por si próprias em tal estado, já o velamento pertence à ação e ao falar, próprios dos seres humanos, pois o discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano e a simulação, ou seja, “há um nexos originário, portanto, entre ser verdadeiro e discurso verdadeiro. A desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição. O discurso que realiza de modo mais puro esse nexos é o ensino” (HEIDEGGER, 2005, p.282-283).

No mesmo sentido, Gadamer (1999, p.60-61) afirma que “a verdade é desocultação. O sentido do discurso é deixar e fazer com que o desocultado se apresente, se revele.” O discurso, portanto, pode ser traduzido como razão, na medida em que são as próprias coisas em sua compreensibilidade que estão resguardadas e veladas no discurso. Vale dizer: a verdade do discurso, portanto, determina-se como adequação do discurso à coisa. Nos dizeres de Lenio Streck (2011b, p.386) “a resposta correta é (sempre) provisória, até porque há uma dialética entre velamento e desvelamento. O ser se vela e se desvela. A linguagem proporciona descobertas e encobrimentos.”⁶

Jacinto Coutinho (2015), analisando a obra *Verità, dubbio e certezza* de Francesco Carnelutti, adverte que falar em processo é, antes de tudo, falar de atividade cognitiva de um juiz que não sabe, mas que precisa saber. Diz-se, nesse sentido, que o juiz é um ignorante, pois ele ignora os fatos e precisa de alguém que tenha conhecimento do ocorrido (*cognitio*) para lhe permitir a *re-cognitio*. Desta forma, pode-se dizer que o fato é um acontecimento histórico, e como tal, traduz-se também em uma verdade histórica e, portanto, recognoscível. O meio para se fazer com que essa verdade histórica aporte no processo é a prova.

Afirma Hermes Zaneti Júnior (2004, p.127-128) que a verdade material/absoluta no Processo nunca poderá ser atingida, pois a verdade dos fatos será sempre dada pela hipótese mais provável. O que se poderia obter, no máximo, seria um juízo de probabilidade, ou uma verdade possível. Portanto, se a verdade material é algo inatingível – ou ao menos, inatingível será a certeza de que se alcançou a verdade – é importante que também fique claro que não existe uma verdade processual e outra extraprocessual, porquanto a verdade obtenível pelo ser humano é uma só, e o seu nível de profundidade irá variar conforme a complexidade e as circunstâncias do tempo e lugar onde a investigação efetivamente é realizada.⁷

Não obstante a existência de diversas teorias e dispositivos acerca da verdade material/real/

6 Acerca da resposta correta ser sempre provisória, leciona Edgar Morin (2005, p. 56): “Quer saber o que é democracia? É um sistema que não tem verdade. Porque a verdade é a regra do jogo, como na ciência. A ciência não tem verdade, não existe uma verdade científica, existem verdades provisórias que se sucedem, onde a única verdade é aceitar essa regra e essa investigação.”

7 Nesse sentido: “Daí existir uma relação teleológica entre prova e verdade — a prova visa à apuração da veracidade das alegações de fato. A verdade é um problema unitário — inexistente a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo — e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de correspondência. Como a verdade é ao mesmo tempo relativa e objetiva, só pode ser compreendida — dentro e fora do processo — partindo-se da ideia de maior probabilidade lógica possível.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.656-657)

absoluta/substancial⁸, ideia contrária ascende quando se percebe a essência formalista do processo: se a prova impõe-se realizada segundo regras previamente estabelecidas, se os fatos principais sobre os quais se exerce a cognição do juiz só podem ser suscitados pelas partes e se o processo não pode ser desordenado, necessário que se reconheça que a verdade processual nunca é absoluta, mas em certa medida formalizada. Destarte, é impossível aceitar uma informalidade absoluta, como se o direito à prova fosse amplo e ilimitado, possibilitando o alcance da certeza sobre as alegações de fato da parte, em prol do mito da verdade real, travestida de principal finalidade do processo (OLIVEIRA, 2009, p.177-178).

De maneira muito coerente, Aury Lopes Jr. (2010, p.558-564) afirma que constitui um gravíssimo erro falar em verdade real/material quando se está diante de um fato passado, histórico. É o absurdo comparar o real ao imaginário. O real só existe no presente, contudo, não se nega que acidentalmente a sentença possa corresponder ao que efetivamente ocorreu (conceito de verdade como correspondência).

A impropriedade de se trabalhar com o conceito de verdade material/real pode ser compreendida a partir da superação do esquema sujeito-objeto (subjetividade assujeitadora) e da consequente ruptura com o sujeito solipsista. A superação desta dualidade faz com que os sentidos se deem em uma intersubjetividade, ou seja, o mundo dos objetos nunca é atingido de forma direta, mas sempre pelo discurso (sujeito-sujeito) – sem que isso signifique uma livre disposição deste discurso. Há sempre um sentido que é antecipado, portanto, o sujeito não é o senhor dos sentidos e, especificamente no tema das provas, não é ele (juiz) quem deve se convencer para escolher, mas sim, através do seu discurso e fundamentação – como condição de possibilidade – deve convencer a sociedade de que seu julgamento trilhou um caminho racional para uma decisão democrática e adequada constitucionalmente (STRECK, 2011b, p.218).

Conforme assevera Ovídio Baptista (2005, p.76-97), a busca pela verdade nunca será conclusiva, e isso fica claro pela existência de uma problemática cadeia recursal disponível mesmo após o juízo ter ultrapassado o mortificante procedimento instrutório para a prolação da sentença. Com efeito, acerca da última decisão de última instância: “seria capaz de possuir o divino segredo recusado às instâncias inferiores? Somente esse julgamento será capaz de revelar a vontade da lei? Certamente não, porque também contra ele cabem revisões judiciais e ações rescisórias.”

Do mesmo modo que a diferenciação entre verdade material e verdade formal revela-se inadequada, Taruffo (2014, p.24) defende que também não há razão plausível para diferenciar a verdade judicial da verdade não judicial. Para o autor, a verdade pode ser buscada e alcançada no contexto judicial substancialmente da mesma forma que pode ser descoberta em tantas outras áreas da experiência cotidiana e utilizando os mesmos meios aplicáveis em áreas de investigação não jurídicas, como, por exemplo, a história. Destarte, os fatos em litígio de um caso concreto geralmente são estabelecidos no contexto do processo usando os mesmos meios que pessoas comuns utilizam para descobrir a verdade em sua vida cotidiana: testemunhos, documentos, gravações e argumentos inferenciais. Em suma: “não há diferença epistêmica substancial entre a verdade judicial e a verdade não judicial” (TARUFFO, 2014, p.24).

Conforme leciona Guilherme Rizzo Amaral (2007, p.133-135), a verdade judicial é sempre relativa, e isso se dá em decorrência da limitação instrumental dos meios cognoscitivos, que irão

8 Sobre a teoria da verdade material: “La teoría de la verdad material ha tenido complejas vicisitudes históricas y diversas variantes, además de sucesivas atenuaciones destinadas a hacerla epistemológicamente más creíble. De todos modos, esta teoría sigue estando estrechamente ligada, incluso en las versiones menos toscas, a un contenido ideológico y filosófico absolutamente peculiar que, durante decenios, ha representado la ortodoxia en la cultura procesalista de los países socialistas, pero que precisamente por sus peculiaridades no deja de suscitar dudas (por usar un eufemismo.” (TARUFFO, 2005b, p.58-59)

variar de acordo com o sistema processual ou com o procedimento específico. No entanto, é possível afirmar que tais limitações também ocorrem fora do processo, ainda que em graus variados, pois a relatividade da verdade está estritamente vinculada à imperfeição humana, e relativiza-se a partir das circunstâncias do tempo e lugar onde se dá a investigação. Vale dizer: o que definirá a distância entre a verdade judicial e aquela possível de ser obtida com o esgotamento dos mecanismos investigatórios fora do processo será o conjunto de normas aplicáveis ao procedimento e as garantias individuais capazes de blindar o objeto investigado ou o sujeito.

A afirmação do autor é coerente, mas deve ser lida com ressalvas, principalmente no ponto em que assevera que a verdade será sempre relativa. Lenio Streck (2011a, p.224) adverte que uma afirmação nesse sentido esbarra em uma contradição insolúvel, pois “se a verdade é sempre relativa, a própria afirmação do autor deve ser relativa e, desta forma, não verdadeira.” Na mesma linha de Guilherme Rizzo Amaral, Guilherme Nucci (2008, p.105) afirma que “a verdade é una e sempre relativa”, lição que também é refutada por Lenio Streck, quando indica que em tal afirmação reside um paradoxo: “se a verdade é una, não é possível que ela seja, também, relativa; e vice-versa. Ou trata-se de uma verdade una (absoluta) ou trata-se de uma verdade relativa (o que nem é verdade, eis que é relativa!)” (STRECK, 2011a, p.224).

Acerca deste fracionamento sobre a verdade, Jacinto Coutinho (2015) demonstra sua notória impropriedade: “Carnelutti mostrou, já em 1925, que é estéril a discussão a respeito de viger a verdade material ou a verdade formal, olhando à diferença que se insistia – e alguns ainda insistem – em fazer entre elas, no processo penal e civil.” É possível que se chegue mais ou menos perto da verdade, mas o fato de não se aproximar da verdade na medida pretendida pelo investigador, não autoriza que se afirme que a verdade inexistente. Poderia se dizer somente que a verdade não é definitiva, pois a ciência está sempre sujeita a encontrar novas verdades que, como intuitivo, tomarão o lugar das velhas verdades. Nesse sentido afirma Taruffo (2005b, p.1285-1312): “Además, desde hace tiempo la epistemología ha aclado que la ciencia no alcanza nunca resultados en verdad definitivos, y las enunciaciones científicas están sujetas siempre a cambios, evoluciones o – popperianamente – a falsificaciones.”

A verdade existe independentemente do fato de o investigador ter conseguido aproximar-se ou não dela, pois a incompletude do conhecimento não guarda qualquer tipo de relação com a verdade. Não poder alcançar a verdade em um dado caso, ou não poder ter uma relação automática entre o que se considera provado com o que é verdadeiro não autoriza que se conclua pela irrelevância ou inexistência da verdade, afinal, é perfeitamente possível que uma investigação bem feita possa chegar a um resultado falso, ou, pelo contrário, também é possível que outra investigação extremamente mal feita encontre um resultado verdadeiro (RAMOS, 2015, p.23-28).

Desta forma, como já referido alhures, o medo que a doutrina tem de afirmar a existência da verdade acaba tornando o tema mais espinhoso e complexo do que efetivamente deveria ser. A verdade existe ainda que em muitos casos não seja possível atingi-la, seja pela limitação instrumental do processo, seja pela deficiência com que a investigação tenha sido realizada, mas essa incompletude do conhecimento não afasta, ou sequer relativiza, a existência da verdade. Vale dizer: a verdade possui grande relevância para uma decisão justa, e quanto maior for a estrutura probatória do processo, mais justificadas serão as decisões, por isso é correto afirmar que a relação existente entre prova e verdade é teleológica, ainda que não haja uma necessária vinculação entre o que se considera provado e o que é verdadeiro (RAMOS, 2015, p.23-28).

Não há qualquer utilidade ou relevância para o Direito, que a doutrina permaneça fragmentando a verdade, como se para cada situação fosse possível a coexistência de diversas verdades subjacentes, cada qual com a sua peculiaridade. Quando se argumenta que existe para um mesmo fato a verdade do autor, a do réu, outra judicial que emerge da sentença e ainda a verdade extraprocessual apreendida somente por quem presenciou a situação em tempo real, pergunta-se: quantas verdades

podem coexistir acerca de um mesmo acontecimento? Pois se realmente há inúmeras verdades como ensina parte da doutrina, de antemão já se esbarra em um paradoxo: com tantas verdades contrapostas, a verdade – com a ciência do pleonasma – é que nenhuma delas é verdade.

4 ANÁLISE HERMENÊUTICA ACERCA DA APLICAÇÃO DO DECRETO 70.235/72 PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS NO TOCANTE À PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Devidamente verificada a relação teleológica existente entre prova e verdade, bem como analisadas algumas posições doutrinárias sobre o tema, ainda que de forma superficial, cumpre trazer para a pesquisa o modo com que tais teorias são – ou deveriam ser – aplicadas pelos julgadores do CARF. Comumente se percebe que nos acórdãos proferidos pelo Conselho há grande divergência acerca da aplicabilidade ou não do Decreto 70.235/72 no que concerne ao momento apropriado para a juntada de documentos. Ocorre que, se do mesmo órgão julgador emanarem decisões totalmente destoantes, umas autorizando a juntada de documentos após o prazo da impugnação em nome do “princípio” da verdade material e outras inadmitindo tal juntada após o prazo estabelecido no Decreto 70.235/72, haverá um grande problema a ser resolvido, que envolve diversas questões. Vale dizer: segurança jurídica, isonomia, calculabilidade e previsibilidade do Direito.

Para melhor analisar o problema a ser enfrentado neste estudo, traz-se à baila dois julgados recentes do CARF que demonstram a divergência sobre a matéria⁹:

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

PROVA DOCUMENTAL. PRECLUSÃO

A prova documental deve ser produzida até o momento processual da reclamação, precluindo o direito da parte de fazê-lo posteriormente, salvo prova da ocorrência de qualquer das hipóteses que justifiquem sua apresentação tardia.

PROVA DOCUMENTAL. PRINCÍPIO PROCESSUAL DA VERDADE MATERIAL.

A busca da verdade real não se presta a suprir a inércia do contribuinte que tenha deixado de apresentar, no momento processual apropriado, as provas necessárias à comprovação dos créditos alegados. Recurso Voluntário Negado.

[...]

O recorrente invoca o princípio processual da verdade material. O que deve ficar assente é que o referido princípio destina-se à busca da verdade que está para além dos fatos alegados pelas partes, mas isto num cenário dentro do qual as partes trabalharam proativamente no sentido do cumprimento do seu ônus *probandi*. Em outras palavras, o princípio da verdade material autoriza o julgador a ir além dos elementos de prova trazidos pelas partes, quando tais elementos de prova induzem à suspeita de que os fatos ocorreram não da forma como esta ou aquela parte afirma, mas de uma outra forma qualquer (o julgador não está vinculado às versões das partes). Mas isto, à evidência, nada tem a ver com propiciar à parte que tem o ônus de provar o que alega/pleiteia, a oportunidade de produzir algo que, do ponto de vista estritamente legal, já deveria compor, como requisito de admissibilidade, o pleito desde sua formalização inicial. Dito de outro modo: da mesma forma que não é aceitável que um lançamento seja efetuado sem quaisquer provas e que se permita posteriormente, em sede de julgamento ou por meio de diligências, tal instrução probatória, também não é aceitável

⁹ Escolheu-se aleatoriamente um julgado que mitigou a disposição do Decreto nº 70.235/72 em nome do “princípio” da verdade material e outro que respeitou o prazo estabelecido no Decreto. No entanto, ao pesquisar a jurisprudência do CARF se percebe que é rotineira a forma destoante com que os processos são tratados, sendo majoritário o entendimento de que a preclusão deve ser afastada diante da juntada de documentos após o prazo da impugnação. Visando robustecer o estudo de caso, veja-se também os seguintes acórdãos julgados pelo CARF no ano de 2016: 1301002.169, 9202-004.515, 2201-003.357 e 3302-003.495.

que um pleito, onde se objetiva a restituição de um alegado crédito, seja proposto sem a devida e minuciosa demonstração e comprovação da efetiva existência do indébito e que posteriormente, também em sede de julgamento, se oportunize tais demonstração e comprovação. Pelo exposto, entendo que deve ser afastada a insinuação recursal, implícita no brado pelo princípio da verdade material, de que esta instância de julgamento estaria obrigada a acolher todos e quaisquer documentos que por ventura acompanhem o recurso, primeiro porque existe um evidente limite temporal para a apresentação de provas no rito instituído pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 – PAF que no presente caso é o momento processual da apresentação da manifestação de inconformidade, segundo porque o ônus probatório aqui é do contribuinte, quando este pleiteia um ressarcimento ou uma restituição de indébito, tem a obrigação de comprovar inequivocamente o seu alegado direito creditório no momento que contesta o despacho decisório e instaura o contencioso [...]
Recurso Voluntário Negado.¹⁰

A decisão supra está em conformidade com o que preceitua o Decreto 70.235/72 (legislação específica que regula o Processo Administrativo Tributário), pois observa o limite temporal para apresentação de provas, que é o momento da impugnação. Não obstante o voto em comento teça algumas considerações insubsistentes acerca do “princípio” da verdade material, conforme já se viu anteriormente. No entanto, parece muito mais lógico que se utilize este “princípio”¹¹ destinado à busca da verdade para além das alegações de fato trazidas pelas partes, autorizando um trabalho proativo por parte do julgador, do que ele seja utilizado no sentido de que as partes podem desobedecer o rito estabelecido pela legislação democrática ao seu bel-prazer, tornando o processo uma verdadeira balbúrdia em nome de um formalismo mitigado.

A decisão acima não necessita de maiores fundamentações, pois prestigiou o Decreto 70.235/72 como sendo a legislação específica a ser seguida nos julgamentos pelo CARF. O maior problema repousa no julgado abaixo transcrito, que simplesmente ignorou a legislação vigente mediante argumentos finalístico-teleológicos, senão veja-se:

PRECLUSÃO. DOCUMENTOS COLACIONADOS APÓS A IMPUGNAÇÃO. VERDADE MATERIAL. O art. 16, § 4º do Decreto nº 70.235/72 estabelece o balizamento do momento para apresentação das provas pelo sujeito passivo no processo administrativo fiscal. A produção de provas preexistentes por ocasião da interposição do recurso voluntário, não impede, de modo absoluto, a apreciação do julgador, diante das especificidades do caso concreto e das provas apresentadas. O processo é mero instrumento para a aplicação do direito material, devendo prevalecer para o presente caso a busca da verdade material.

[...]

Como se vê, o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972 determina o momento processual para juntada de prova documental, sob pena de ocorrer a preclusão. Com isso, não estou a dizer que a regra inserta no o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972 é absoluta. O julgador, que é um intérprete da lei na acepção lato sensu deve aplicar o ordenamento jurídico. Assim, a mencionada regra processual deverá ser sopesada com o princípio da verdade material, que deve basilar o julgador ao dirimir as lides tributárias, quando possível.

[...]

10 CARF. 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Acórdão nº 3201002.373, Relator Winderley Morais Pereira, julgado em: 24 ago. 2016.

11 Acerca desta crescente proliferação de princípios criados ad hoc: “Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.” (STRECK, 2011b, p.50)

É certo que o instituto da preclusão, inserto no § 4º, do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, deve ser a regra, uma baliza a ser seguida para a necessária ordem do processo. Entretanto, em casos excepcionais a preclusão pode ser afastada, como no caso em comento, em que se está diante de um direito comprovado pelo sujeito passivo, ainda que somente na fase recursal. Diante de todo o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.¹²

Analisando superficialmente a decisão acima é possível perceber que ela encontra-se eivada de equívocos, podendo-se destacar dois problemas centrais, que seriam (i) a utilização de valores morais em forma de princípio para corrigir o Direito e (ii) a utilização de flagrante discricionariedade para “interpretar a lei”, quando na verdade não se trata de interpretação, mas sim de não aplicação de uma legislação válida e democraticamente positivada, sob o errôneo argumento de que “o processo é mero instrumento para a aplicação do direito material, devendo prevalecer a busca da verdade material”.

Vale lembrar que, muito “embora o jurista contemporâneo deva estar distanciado do jurista clássico (boca da lei), isso não significa que ele esteja autorizado a agir arbitrariamente” (BUFFON, 2013, p.156), pois, “o jurista, diante do texto, não está livre para construir seu sentido a partir de suas “felizes ideias”, e, portanto, do seu livre arbítrio. Ele deve estar disposto a deixar que o texto lhe diga algo, abstraindo-se de suas concepções prévias e inautênticas.” (BUFFON, 2013, p.156)

É necessário salientar novamente que as decisões do CARF, no sentido de relativizar a preclusão e admitir a juntada de provas após o prazo da impugnação, são majoritárias, quando comparadas às decisões que efetivamente seguem o rito estabelecido pelo Decreto 70.235/72. Tal posicionamento encontra-se alicerçado no que parte da doutrina costuma chamar, equivocadamente, de “princípio” da verdade material. Observação importante que ascende deste discurso é o fato de que, além de constituir erro gravíssimo falar em verdade material, maior ainda é o erro quando se tenta encaixar essa “modalidade” de verdade como se um princípio fosse.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1987, p.230) conceitua princípio como sendo mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas e serve de critério para sua exata compreensão e inteligência, definindo a lógica e racionalidade de todo o sistema normativo. Portanto, ainda que pareça evidente que a verdade material não possa ser enquadrada como um princípio, os julgadores do CARF fundamentam a maioria das suas decisões nesse sentido.

Para Dworkin (2002, p. 36), princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” Os princípios (re)inserem a facticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um efetivo diálogo entre a decisão particular e todo o ordenamento. Sendo assim, proporcionam que a decisão, devidamente fundamentada (condição de possibilidade), publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito (STRECK, 2016, p.59).

Quando dois princípios igualmente válidos coexistem, a aplicação desses princípios pode produzir resultados diametralmente opostos. Não obstante, isso não significa que o princípio que deixou de ser aplicado não seja próprio do direito que se cuida, mesmo porque, em outro caso poderá ser plenamente aplicável. Além disso, existe uma razão a arguir em determinada direção, mas isso não implica em uma decisão concreta a ser necessariamente tomada em vista da existência de um princípio (BUFFON, 2009, p.63).

Há duas formas de se tratar os princípios. A primeira delas diz respeito ao fato de que princí-

12 CARF. 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Acórdão nº2201003.309. Relator: Daniel Melo Mendes Bezerra, julgado em: 17 ago. 2016.

pios são teleológicos, ou seja, com base nessa teoria, princípios seriam valores (ALEXY, 1993, p.82-89). Não obstante, de antemão já é possível prever alguns problemas que repousam nessa teoria, e o que mais se destaca é, sem dúvidas, como responder com propriedade “o que são esses valores”? O fato é que qualquer operador do direito poderá atribuir o sentido que bem quiser e da maneira que bem entender. Se os princípios servem para fortalecer o Direito, sua transformação em valores fará exatamente o oposto, pois “o Direito não pode ser “corrigido” por argumentos políticos ou morais. Ou por argumentos “morais-políticos”.

A segunda concepção que deve ser compreendida, e que parece a mais adequada, é a de que princípios são deontológicos, tese esta que se coaduna com o pensamento de Habermas, Dworkin e Lenio Streck. Neste sentido é possível afirmar que os princípios recebem sua carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural advinda de uma comunidade política. Com efeito, Habermas (1997, p.193) afirma que princípios deontológicos impedem qualquer interpretação teleológica de mandamentos morais, pois o sentido do dever-ser moral não seria bem compreendido se quiséssemos ver nele apenas a expressão do caráter desejável de determinados bens. Os mandamentos morais devem ser seguidos porque os temos como certos e não porque esperamos obter através deles a realização de determinados fins, mesmo que esses fins vissem à felicidade suprema ou o bem-estar coletivo.

As normas morais também incorporam valores ou interesses, porém, somente os que são generalizáveis, levando em conta a respectiva matéria. Essa pretensão à universalidade exclui a interpretação teleológica de mandamentos morais, ou seja, a interpretação que leva em conta a vantagem relativa de certos valores ou interesses. Desse modo, tanto as regras morais como as leis jurídicas são gerais, em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, na medida em que se dirigem a muitos destinatários, não permitem exceções. Em segundo lugar, porque excluem privilégios ou discriminações na aplicação. Isso se refere à igualdade da aplicação do Direito (HABERMAS, 1997, p.193-194). Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista. Não é desse modo, pois, que se escapa do positivismo (STRECK, 2011b, p.615).

A utilização de princípios, da forma como foi feito no voto acima transcrito, não é correta, pois está havendo uma evidente distorção conceitual. Isso porque o conselheiro afirma expressamente que está se valendo de princípios como técnica de correção legislativa, e essa forma de agir acaba enfraquecendo a própria autonomia do Direito. O objetivo primordial do julgador não é o de exercer sua função proferindo uma decisão conforme suas convicções, mas dar às partes e à sociedade a decisão mais justa e fundamentada possível, agindo, como uma das peças que tornam o sistema de distribuição de justiça algo coerente, íntegro e homogêneo. Nessa quadra, parece evidente que uma decisão tomada com base em argumentos subjetivos não estará prestando à sociedade um serviço idôneo.

Este tipo de acórdão enfraquece o próprio Direito enquanto unidade, porquanto deixa de aplicar a lei e entrega para a sociedade uma decisão baseada puramente no aspecto subjetivo do julgador. É importante que fique claro que os princípios não substituem a legislação democrática, o que, aliás, já vem ocorrendo a partir do fenômeno denominado panprincipiologismo. Além disso, os princípios – estabelecidos por uma longa tradição – não podem ficar à mercê da análise *ad hoc* do intérprete. Neste sentido leciona Lenio Streck: “desnecessário, nesta altura, repetir o papel desempenhado por “princípios”, como da benignidade, rotatividade, moderação, redução, íntima convicção, verdade real, confiança no juiz da causa etc.” (STRECK, 2011b, p.566). Veja-se que além de equivocada esta tentativa de elevar tudo ao patamar de princípio, a evidente crise principiológica que emerge no constitucionalismo contemporâneo eleva ainda mais o grau de decisionismo, questão que pode ser facilmente percebida com a análise dos julgados acima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa, pode-se concluir que o tema ainda apresenta inúmeras dificuldades que devem ser trabalhadas, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, em especial no que diz respeito ao procedimento de produção probatória no âmbito do Processo Administrativo Tributário. Embora o Decreto 70.235/72 possua diversos dispositivos de constitucionalidade duvidosa – a exemplo da verdade material e do livre convencimento motivado –, ele é a norma específica que regula o PAT, não podendo simplesmente ser desconsiderado para que se aplique a Lei 9.784/99 (norma geral que não pode prevalecer em detrimento da norma específica).

No entanto, essa não é a saída que vem apontando a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante do CARF, sendo este o motivo central pelo qual a presente pesquisa se revela importantíssima, surgindo assim, uma nova forma de pensar. Não de forma finalística e voltada para o caso concreto, mas sim a partir de lições de Teoria do Processo e sempre com vistas ao resguardo da Constituição Federal.

Não há mais espaço para pretensões de correção do Direito a partir de argumentos morais transvestidos de princípios, nem tampouco se pode deslegitimar uma legislação democrática para que se julgue a partir de convicções pessoais. Diante do texto o jurista não está autorizado a construir sentidos a partir de suas próprias ideias, mas sim deixar que o texto lhe diga algo sem a interferência de suas concepções prévias.

A ideia desta pesquisa, logicamente, não foi a de esgotar o tema, tampouco pretendeu-se defender que o Decreto 70.235/72 reflète de forma idônea os valores insculpidos na Constituição. O que se buscou foi uma nova forma de pensar o PAT, sem que se abra mão da historicidade e dos pilares que alicerçam o Estado Democrático de Direito. Não há mais espaço para que se trabalhe conceitos vetustos como o da verdade material, muito menos que o devido processo legal seja relativizado por princípios criados *ad hoc*, como se ainda se ainda não tivesse havido a superação do esquema sujeito-objeto e a ruptura com o sujeito solipsista. O sujeito não é o senhor dos sentidos, e é mediante o discurso (sujeito-sujeito) e a fundamentação – como condição de possibilidade – que se chegará, de forma racional, a uma decisão adequada constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969, Livro IV, 7, 1011b25.
- BUFFON, Marciano. Interpretação das normas tributárias: a hermenêutica filosófica como alternativa para o rompimento com o paradigma racionalista. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINÓS: mestrado e doutorado. STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v.1. Tradução Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Processo Administrativo Tributário. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 9-10, jul./dez. 1979.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>.

DABUL, Alessandra. *Da prova no Processo Administrativo Tributário*. Curitiba: Juruá, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15.ed. Parte 1. Petrópolis: Vozes, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol I. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LÓPEZ, Maria Teresa Martinez; NEDER, Marcos Vinicius. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. São Paulo: Dialética, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em matéria tributária*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 3.ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Questões controvertidas no processo administrativo fiscal – CARF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MORELLO, Augusto M. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Platense, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REDUCINO, Ana Maria Alves. A constitucionalização do Direito Administrativo. In: CARVALHO, Antonio Augusto Silva Pereira de; FERNÁNDEZ, German Alejandro San Martín (Org.). *Estudos em homenagem a*

José Eduardo Monteiro de Barros. São Paulo: MP, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Adermir Ramos da. O instituto da preclusão no Processo Administrativo Tributário. In: CARVALHO, Antonio Augusto Silva Pereira de; FERNANDEZ, German Alejandro San Martín (Org.). *Estudos em homenagem a José Eduardo Monteiro de Barros*. São Paulo: MP, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Verdade e significado*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>.

STRECK, Lenio Luiz. *A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 70, p.207-240, set./dez. 2011a.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011b.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Deontologia do Direito: "Direito não pode ser corrigido por valores morais"*. Consultor Jurídico – CONJUR. 02 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México. vol. 38, nº.114, set./dez., 2005a. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3863/4840>>.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2.ed. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005b.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. (Orgs.). *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: S.A Fabris, 2004.

Recebido em: 31/08/2017

Aprovado em: 01/12/2017

Como citar este artigo (ABNT):

BUFFON, Marciano; VIEIRA, Gustavo Silveira. O mito da verdade material: análise teórico-epistemológica da legislação relativa ao processo administrativo tributário e sua aplicação pelo CARF. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.13-27, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES E PERSPECTIVAS ANALÍTICAS

ARBITRATION AND BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION: BRIEF OBSERVATIONS AND ANALYTICAL PERSPECTIVES

Ivan Aparecido Ruiz ¹

Taís Zanini de Sá Duarte Nunes ²

Alexandre Zaporoszenko Cavvazani ³

RESUMO: Pretende-se com o presente estudo alçar a Arbitragem como meio extrajudicial adequado e viável para a solução de litígios envolvendo a administração pública direta e a indireta. Aborda-se a respeito da possibilidade de a administração pública convencionar e ser parte em um processo arbitral, o que se questionava até a alteração da Lei n. 9.307/96, através da Lei 13.129/15. Desse modo, com apoio no método histórico, analisa-se a evolução legal da Arbitragem no Brasil, bem como de alguns julgados, como o caso da COMPAGAS x Consórcio Carioca Passarelli, em uma perspectiva analítica e indutiva a fim de comprovar, também por meio de fatos, que a Arbitragem é plenamente cabível no Brasil em litígios dos quais participem pessoas jurídicas de direito público.

Palavras-chave: Arbitragem; administração pública; lei 9.307/15.

ABSTRACT: This article aims to discuss the arbitration process as an instrument for extrajudicial dispute resolutions in which public administration takes part. The object of this study is the feasibility of the public administration to be a part in na arbitration process, which was intensively discussed until the change on the Arbitration Law 9.307/96 in 2015. Therefore, based on the historical method, the evolution of arbitration in Brazil will be analysed. Settlements such as those over COMPAGAS company and the Arbitration Law will be examined with the support of analytical and inductive methods in order to prove, by verifying the facts, that the arbitration process is completely acceptable in disputes related to legal persons of public law.

Keywords: Arbitration; public administration; law 9.307/15.

1 Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Professor Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR) e do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogado.

2 Mestre em ciências jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco (PUC/MS) e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera/PR.

3 Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Nacional de Kiev Tarás Shevchenko/Ucrânia. Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR).

1 INTRODUÇÃO

Thomas Hobbes já dizia que “o homem é lobo do próprio homem”, afirmando que a natureza lhe impunha o estado de selvageria, de luta de todos contra todos. De fato, as disputas são constantes e naturais em qualquer lugar em que haja relação *inter-humanos*. O conflito de interesses sobre objetos, ou direitos abstratos, arrasta-se na história das civilizações. Desde tempos muito antigos, há alguns milênios, constatou-se a necessidade de resolver esses litígios. Como os Estados eram diminutos, em virtude da cultura patriarcal privada, muitos conflitos eram resolvidos no bojo do ambiente privado, havendo juízes civis desvinculados do Estado e outros vinculados a questões de ordem pública. Assim, foram sendo moldadas as jurisdições, ao longo da história e, juntamente com elas, surgiu, naturalmente, a Arbitragem, como forma de dar maior liberdade às partes na solução de seus próprios conflitos, afastando a necessidade de intervenção pelo poder central.

Com vistas à necessidade de resolver com maior rapidez os litígios, passou-se a adotar a Arbitragem, mormente, nas relações comerciais. Com o desenvolvimento do capitalismo, menos se desejou ter a participação da jurisdição estatal nos conflitos privados. O nascimento de Estados modernos liberais, impôs a individualização dos conflitos, de modo que as partes decidiriam como ajustar seus interesses e resolvê-los perante um árbitro que escolhessem.

No Brasil, o instituto da Arbitragem foi acolhido logo no início da época colonial e, desde então, aprimorou-se. A entrada em vigor da Lei 9.307/96 foi o impulso para que a Arbitragem se difundisse no ordenamento jurídico pátrio. A partir dessa data, a tradição, que se enfraquecera no século XX, tomou impulso, e muitas câmaras arbitrais começaram a surgir pelo país, na medida em que a demanda crescia.

Apesar dessa evolução, a administração pública ficou excluída das análises da Arbitragem por um bom tempo, vez que não se admitia sua capacidade para ser parte, em virtude da compreensão de que seu objeto era indisponível.

Foram necessários diversos processos, estudos comparados acerca da capacidade do ente público configurar parte no processo arbitral. À guisa de informação, em 2003, ainda não havia o entendimento por parte dos tribunais brasileiros sobre a participação da administração pública na Arbitragem, ao passo que, já em 2012, passou a ser plenamente reconhecida essa possibilidade, tanto que o caso de estudo da COMPAGAS, em 2011, constatou e deu maior ímpeto a esse entendimento, pela doutrina e pelos julgadores.

Felizmente, as recentes alterações na Lei n. 9307/96 veio pôr fim às discussões sobre a arbitralidade subjetiva da administração pública, declarando, expressamente, a sua capacidade de ser parte, admitindo-a, desse modo, capaz de contratar e de participar em processos arbitrais.

Nesse enfoque, será possível constatar que a admissão da pessoa jurídica de direito público no processo de Arbitragem só tende a contribuir com o sistema judiciário brasileiro, uma vez que permite dar maior celeridade à resolução dos conflitos. Assim, abre-se espaço ao judiciário para outras questões, tirando-lhe grandes cargas que podem ser resolvidas no âmbito privado, para que ele possa dar maior acesso à justiça aos demais cidadãos.

As recentes alterações vêm, portanto, estimular o processo de desjudicialização dos conflitos, contribuindo com a celeridade dos processos judiciais e a diminuição de despesas dos órgãos governamentais.

2 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

2.1 Evolução Histórica da Arbitragem no Mundo

Os estudos ainda não nos permitem apontar o exato momento e local de início do uso da Arbitragem, pois, como afirma Herick Mardegan, não é possível determinar quando, “pela primeira vez, duas pessoas diante de um conflito entenderam por bem escolher um terceiro, que poderia ser um líder local, ou um ancião de confiança de ambas as partes, para que o mesmo decidisse a questão.” (MARDEGAN, 2010, p. 29)

Segundo apontamentos históricos, as sociedades na idade antiga, entre 4.000 a.C e 476 d.C, possuíam estruturas independentes e diversas para a solução dos conflitos: geralmente, uma para resolver as questões de interesse público, cuja jurisdição pertencia ao soberano, e outra para as questões familiares, pertencendo ao patriarca ou matriarca o poder de decisão sobre o conflito. Cumpre salientar que os modos de jurisdição também variavam, assim como nos dias de hoje, de acordo com o povo, havendo diferenças consideráveis entre os povos orientais e ocidentais. Nos impérios do Oriente, a cultura jurídica dividia-se também entre o campo e a cidade, conforme ensinam Gonzaga e Roque:

Campo: a autoridade julgadora era composta por um conselho de anciãos ou julgador escolhido por estes para decidir questões entre iguais, envolvendo conflitos cotidianos, com base na tradição e religião familiar;

Cidade: havia o poder do rei, voltado a decidir questões entre comunidades dominadas e administradas. Tinha ele o poder de decidir causas e de determinar a solução de questões futuras, além de exigir impostos das comunidades familiares. Sua escolha era baseada em tradições religiosas. (GONZAGA; ROQUE, 2012, p.82)

Na época de Hamurabi (1.792 a 1.750 a. C.), Império da Babilônia, coexistiram juízes do templo e jurisdições leigas, as quais prevaleceram sobre as primeiras, como ensina Aracy Augusta Leme Klabin:

Os juízes civis organizam a instância e proferem sentenças. Os únicos competentes para receber declarações sob juramento continuam sendo os sacerdotes. A justiça leiga é administrada por juízes profissionais, governadores, prefeitos das cidades, assembleias de notáveis – podendo estas decidir por equidade. O rei continua juiz supremo. (KLABIN, 2004, p. 68).

Os hebreus, por volta de 1.200 a.C., passaram a adotar o costume das partes em conflito buscarem uma decisão junto ao seu líder, Moisés, a respeito da questão suscitada, o qual, mais tarde, delegou tal função a anciãos de confiança do povo, uma vez que encontrava-se exausto em virtude do acúmulo de funções, além da demanda exacerbada. Posteriormente, desenvolveu-se a organização judiciária com os “juízes das aldeias e do conselho de anciãos, onde Moisés é rodeado por 70 juízes, delegados nos casos difíceis.” (KLABIN, 2004, p. 126).

Entre os povos ocidentais, Atenas e Roma destacam-se como geradoras do embrião mais próximo do método que reconhecemos atualmente como Arbitragem.

Atenas destacou-se pela grande importância e influência na solução de conflitos, possuindo

duas espécies de órgãos de jurisdição, quais sejam: os grandes tribunais, competentes para julgamento dos crimes públicos e os julgadores singulares, responsáveis pelo julgamento de crimes menos importantes. Aqui, é necessário salientar que estes julgadores não tinham formação específica, eram leigos participantes na *polis*. (GONZAGA; ROQUE, 2012, p.84.). Além destes, a Arbitragem também era utilizada como método de solução de conflitos, diferenciando-se dos demais principalmente pelo fato de que os árbitros eram privados, podendo julgar por equidade e alcançando outras áreas do Direito.

A mitologia grega e as obras dos filósofos clássicos comprovam que a Arbitragem estava presente no cotidiano dos gregos da antiguidade, a exemplo do mito conhecido como “Pomo da Discórdia”, no qual Zeus escolhe Páris, por sua sabedoria e capacidade de proferir um bom julgamento, para decidir qual, entre as deusas, Hera, Afrodite e Atenas, mereceria a maçã de ouro com o título de mais bela. No que diz respeito a soluções arbitrais intermunicipais, um exemplo característico de tratado com cláusula compromissória foi o Tratado de Paz, de 445 a.C., entre Atenas e Esparta. (CAHALI, 2012, p. 29).

O Direito Romano do período clássico, entre 509 a.C e 27 a.C., traz o embrião da Arbitragem, como a conhecemos atualmente, uma vez que, após a submissão do conflito ao pretor, o processo deveria ser encaminhado para julgamento ao *iudex* ou a um árbitro privado, lembrando que os árbitros privados possuíam poderes de decisão, mas não de *coercitio*. (GONZAGA; ROQUE, 2012, p.86-92).

Estipulava-se a cláusula compromissória contratualmente e havia o compromisso de respeitar-se a decisão arbitral. Apresentava-se o “*compromissum*”, como um pacto legítimo e válido. A ação para assegurar o respeito ao compromisso e à cláusula compromissória era dada pelo pretor.

O juízo arbitral, que era mais simples e mais aberto que a jurisdição togada, permitia ao árbitro decidir sem se submeter a qualquer lei. O procedimento arbitral trazia mais vantagens e só se recorria à justiça togada quando a parte interessada estava convicta do sucesso final.

Na Idade Média, enquanto o sistema feudal estava fortalecido, a Arbitragem era utilizada para as questões de partilha ou de tutela, uma vez que alguns decretos esparsos delegavam competência aos clérigos e leigos para o julgamento de referidos conflitos. Todavia, o crescimento do comércio e da classe burguesa, fez com que a Arbitragem retornasse com grande força nas questões comerciais, uma vez que os mercadores uniam-se em busca de proteção e liberdade; assim, os conflitos também careciam de uma solução própria, como explica Herick Mardegam:

Como se vê, com a ampliação do comércio e fim do sistema feudal, o instituto da Arbitragem também volta a florescer, sendo observada uma verdadeira vocação da Arbitragem à seara comercial, com as primeiras câmaras arbitrais derivadas das associações comerciais, câmaras estas que continham tribunais de Arbitragem, onde atuavam os árbitros, escolhidos entre os próprios comerciantes. (MARDEGAN, 2010, p. 33).

O estabelecimento dos Estados Modernos provocou, a princípio, a decadência do uso da Arbitragem em detrimento dos sistemas jurisdicionais, prevalecendo sobre todos os outros métodos, o processo judicial. Somente com a revolução industrial e a globalização é que a Arbitragem voltou a ganhar força no mundo ocidental.

Em 1976, a ONU criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), com a finalidade de regulamentar o comércio internacional, a qual verificou a necessidade de padronizar as normas que tratavam da Arbitragem nos países a ela filiados. Sendo assim, disponibilizou, em 1985, a Lei Modelo Uncitral para servir de amparo aos países na reforma e modernização da Arbitragem Comercial. (UNCITRAL, 2016).

Como se nota, a Arbitragem tem sido tradicionalmente utilizada, desde a antiguidade clássica, para solução de questões mercantis e internacionais, o que decorre de sua própria natureza, apesar da sua utilização em algumas sociedades e períodos, para as questões familiares, como nos casos de partilha.

2.2 Evolução da normatização da Arbitragem no Brasil

As ordenações Filipinas, vigentes no Brasil durante o Brasil Colônia desde 1603 até a independência em 1822, permitiam o uso da Arbitragem, possibilitando o recurso ao Judiciário.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, previa o uso da Arbitragem em seu art. 160, para as causas cíveis e penais civilmente intentadas, permitindo às partes que convencionassem pela não utilização do recurso. (CAMPANHOLE, 1971, p.597).

Apesar disso, a Arbitragem só se efetivou com a promulgação do Código Comercial e do Decreto 737, ambos de 1850, os quais tornaram a Arbitragem obrigatória para casos que envolvessem seguro, contratos de locação e todas as questões de natureza mercantil e que envolvessem integrantes de uma sociedade comercial, conforme previa o art. 294, do Código Comercial.

Em 1866, a Lei n. 1.350, de 14 de setembro de 1866, revogou a obrigatoriedade do juízo arbitral para todas as situações em que havia tal previsão.

O Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867, regulamentou o juízo arbitral do comércio, prevenindo a voluntariedade para o uso do instituto.

O Código Civil de 1916 trouxe regulamentação da Arbitragem em seus artigos 1037 a 1048, prevendo apenas o compromisso arbitral como forma de instituição da Arbitragem para resolver seus litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, devendo ser contratado por escrito e podendo ser firmado judicial ou extrajudicialmente, por instrumento público ou particular.

O Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973 trouxeram como obstáculo ao uso da Arbitragem no Brasil, a exigência da homologação judicial e possibilidade de recurso ao judiciário.

No Congresso Nacional, somente na década de 1980, tramitaram três anteprojetos de lei sobre o mesmo tema, o que demonstrou a preocupação do legislador em dotar o país de uma legislação mais moderna e condizente com os padrões internacionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trouxe a previsão, o art. 114, § 1º, da via arbitral como opção para resolução de dissídios coletivos na área trabalhista.

Finalmente, em 23 de setembro de 1996, foi promulgada a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, a qual foi inspirada na lei modelo disponibilizada pela UNCITRAL, sofrendo alterações em 2015, pela Lei 13.129.

Com a nova Lei de Arbitragem, todos os dispositivos codificados anteriormente ficaram expressamente revogados, assim como as disposições em contrário. Passou-se a impedir que as partes recorressem ao judiciário depois de terem optado pelo juízo arbitral.

Embora a Arbitragem não tenha sido proibida na administração pública, não havia cultura para o seu uso nesta área, uma vez que as leis não regulamentavam esse uso de forma expressa, existindo temor de ofender princípios do Direito Administrativo, como os princípios do interesse público, da publicidade e da legalidade.

Necessário salientar que, anteriormente à reforma da Lei n. 9.307/96, doutrinadores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto já defendiam o uso da arbitragem pela administração pública, como esclarece o autor:

Segue-se o princípio da consensualidade, com grande importância no que tange à efetiva realização da democracia a partir de seu emprego na Administração Pública. Embora a imperatividade se constitua como característica própria da atuação do Estado — pois que este tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo — é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público. Assim é que se tem somado aos pactos públicos tradicionais — os contratos e atos administrativos complexos, como os convênios e consórcios

administrativos — uma profusão de novas relações negociadas admitidas, em que se privilegia o consenso como método adequado para um mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado. (MOREIRA NETO, 2011, p. 32)

Arnoldo Wald e André Serrão, já afirmavam em 2008, que a validade da cláusula compromissória nos contratos de direito administrativo era uma concepção já estabelecida pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras, em decorrência de inúmeros fatores como a globalização da economia, o aumento do comércio internacional, a necessidade de enxugar a infraestrutura do Estado e a morosidade do judiciário. (SERRÃO; WALD, 2008, p.12).

Dessa forma, justificam-se as alterações decorrentes da Lei 13.129/2015, para que as barreiras culturais quanto ao uso da Arbitragem pela administração pública fossem, de uma vez por todas, derrubadas, de modo a tornar a solução dos litígios no Direito Público, mais céleres e democráticos.

3 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Arbitragem sempre teve acolhida em solo pátrio, conforme visto anteriormente; todavia, somente nos últimos 20 anos, com o descrédito do Judiciário enquanto meio mais adequado para solução de todos os tipos de conflitos e com a publicação da Lei 9.307/96, é que a concepção da arbitragem como método alternativo mais célere e menos oneroso que o processo judicial passou a ser difundida no Brasil.

Um importante marco nacional para difusão do uso de métodos consensuais em conflitos da administração pública foi a previsão do art. 23, XV, da Lei 8.987/95 (Lei de Regime de Concessão e de Prestação de Serviços Públicos), que consagrou como essencial, nos contratos de concessão, a previsão de um modo amigável para solucionar as controvérsias contratuais.

A partir deste marco, os meios alternativos de solução de conflitos passaram a ter maior relevância, alcançando leis posteriores, referentes às demais contratações públicas com pessoas jurídicas de direito privado, como a Lei da ANATEL, n. 9.472/97, que dispõe em seu art. 93, inciso XV, quanto à obrigatoriedade de cláusula sobre foro e modo extrajudicial de resolução de conflito. (LEMES, 2003, p. 13).

Contudo, as discussões na seara doutrinária, quanto à participação da administração pública direta e indireta nos processos arbitrais, permearam questionamentos a respeito da ausência de requisitos essenciais de arbitrabilidade subjetiva e objetiva por parte do Estado.

Com relação a arbitrabilidade subjetiva, parte da doutrina questionava a capacidade do Estado para optar pela Arbitragem através da convenção arbitral, alegando-se ofensa ao princípio da legalidade, por não existir expressa previsão legal que permitisse tal opção.

Todavia, com a evolução do modo consensual de solução de conflitos, surgiu a necessidade de reformar a Lei de Arbitragem, o que foi realizado através da Lei n. 13.129/15, que teve como função principal, dotar, expressamente, os órgãos de caráter público - total ou parcialmente - no rol dos capazes de contratar a Arbitragem. Apesar disso, vários doutrinadores já consideravam a possibilidade da Administração Pública celebrar contratos com cláusulas compromissórias.

Sobre o aspecto da arbitrabilidade objetiva, alegam, alguns dos doutrinadores que se opõem ao uso da Arbitragem pela administração pública, que estaria impedida em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, independente de sujeitarem-se ao regime de direito privado, como no caso das sociedades de economia mista e empresas públicas, tendo em vista a previsão do art. 1º da Lei 9.307/96, que prevê que só podem ser submetidos à Arbitragem os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Sintetizando, os principais requisitos para que a pessoa jurídica de direito público possa recorrer à Arbitragem são: a capacidade de contratar e que o objeto seja de direito patrimonial disponível, mesmos requisitos para a pessoa de direito privado, já previstos anteriormente.

Cabe ressaltar que o disposto vale para conflitos entre os próprios órgãos de administração pública, bem como entre administração pública e entes privados. Consoante o parágrafo 2º, do art. 1º, no que tange a administração pública direta, caso da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é celebrante da convenção arbitral a pessoa com autoridade de contratar ou o órgão a que compete celebrar contratos - no caso, órgão que detém o interesse direto na transação do direito.

Apesar de a administração pública poder convencionar quanto a Arbitragem em contratos, deverá obedecer a uma série de princípios, uma vez que representa a coletividade, acompanhando, no ordenamento jurídico, o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Nessa linha de análise, torna-se relevante a discussão sobre a noção do objeto da Arbitragem, quais sejam: os direitos patrimoniais disponíveis, reconhecidos pela doutrina majoritária como arbitrabilidade objetiva.

Consoante o entendimento de Selma Lemes, a arbitralidade objetiva corresponde ao "... objeto da matéria a ser submetida a Arbitragem ...", assim:

[...] no direito administrativo, há matérias que são de direitos indisponíveis, em que o ente público age com poder de império, e outras, no campo do direito privado (poder de gestão) em que lhe é autorizada margem de negociação que não agrida ou conflite com o interesse público. (LEMES, 2003, p.5-6).

Dessa maneira, o Estado deve obedecer ao Princípio do Interesse Público, contratando apenas aquilo que está de acordo com o interesse da sociedade e com a disponibilidade de negociação.

Conforme defende Moreira Neto, o interesse público pode ser primário ou secundário. Aquele define a segurança e o bem-estar da sociedade, cabendo ao Estado satisfazê-lo fora do mercado; já este, deriva de natureza instrumental, referindo-se às pessoas jurídicas que o administram, e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis (MOREIRA NETO, 1997, p. 84). Dessa forma, o interesse secundário é monetariamente quantificado, passível de contratação e de concretização dos interesses finais da população, e conclui o referido autor:

A admissibilidade da arbitragem pelo Estado, como técnica social para dirimir disputas de interesses com particulares, fica, pois, necessariamente ligada ao conceito que se tenha da natureza jurídica desse instituto: ou como uma alternativa jurisdicional ou como uma obrigação contratual. (MOREIRA NETO, 1997, p. 85).

Giovanini e Pereira esclarecem que a concepção mais moderna a respeito do interesse público é a de que existem múltiplos interesses públicos, conforme os objetivos constitucionais atribuídos à Administração Pública, a saber:

No que concerne à identificação da existência ou não de interesse público em determinada situação, parte da doutrina entende que devem ser levados em conta os objetivos contextuais daquela circunstância em concreto, o que se faz à luz dos contextos social e normativo específicos ao caso. Há relativo abandono do conceito tradicional de interesse público, pois, em virtude de sua generalidade, calcada em situações não contextualizadas, não se mostra capaz de alcançar com eficácia os objetivos específicos do Estado. (GIOVANINI; PEREIRA, 2011, p. 1150).

É elucidativa a análise feita por Giovanini e Pereira, uma vez que abordam a temática da

disponibilidade do bem público tendo como escopo a noção de função de gestão e de operacionalização da administração pública para alcançar o interesse público primário. Assim, entende-se que o interesse público – que é indisponível – não se confunde com o bem público, que pode ou não ser indisponível. Essa característica é modelada conforme as circunstâncias no desenvolver da atividade do ente público. (GIOVANINI; PEREIRA, 2011).

Assim, menciona-se o caso entre a COPEL e a Energia Rio Pedrinho SA, em que se debateu, no Tribunal do Paraná, a questão da indisponibilidade do interesse público na contratação de compra de energia elétrica pela sociedade de economia mista paranaense, a qual agravou decisões que se coadunavam com o entendimento da aplicação da solução arbitral para o litígio entre as companhias. De fato, o interesse público sobre o fornecimento de energia elétrica é indisponível, uma vez que não se escolhe realizá-lo ou não, mas se o realiza. Nesse processo, a operacionalização do sistema é atividade e interesse da administração pública, que, a fim de obter energia, pode contratar e comprar de outros entes particulares. O fim, para o interesse público, é a distribuição; entretanto, o meio, a contratação, o bem e, principalmente, a operacionalização desse fim podem, como no dado caso, ser disponíveis. Como bem se evidencia no estudo de Giovanini e Pereira, é necessário, obviamente, razoabilidade e proporcionalidade durante a execução de sua função de gestão e a escolha do tribunal arbitral. (GIOVANINI; PEREIRA, 2011).

Ao tratar da indisponibilidade do interesse público, Mauro Roberto Gomes de Matos explica que é necessário vislumbrar, diferenciando-se o objeto social da empresa paraestatal, a prestação do serviço público do exercício da atividade econômica, da seguinte maneira:

[...] no primeiro pela supremacia do interesse público o direito é indisponível, enquanto no último pela ausência dessa supremacia, o direito é disponível. Este divisor de águas se faz necessário, pois partindo da premissa declinada podemos definir que tipo de direito se revela (disponível ou não), para após verificar se pode haver ou não a arbitragem como forma de solução de controvérsia, surgida na execução do contrato firmado com a empresa estatal, pois o artigo 1º da Lei de Arbitragem elenca os direitos patrimoniais disponíveis como os que poderão valer-se dos dispositivos da Lei 9.307, de 3.09.96. (MATOS, 2001, p. 121).

Nesta toada, vêm-se, por fim, ao encontro da patrimonialidade e, pois, da disponibilidade do objeto.

De acordo com Tânia Lobo Muniz, patrimônio corresponde a uma universalidade de bens móveis e imóveis ou semoventes mensuráveis economicamente, possibilitando, assim, um valor monetário. Conforme esclarece a autora, direitos sobre um bem passível de apropriação ou de alienação contido no patrimônio de um indivíduo caracteriza-se como patrimonial. Desse modo, direito patrimonial é aquele que se apresenta sob a propriedade da pessoa, sendo esta, titular de um bem jurídico que se encontra no regime jurídico civil de contratos. Nesse enfoque, a administração pública não pode celebrar contratos que envolvam direitos não passíveis de valoração pecuniária, inalienáveis ou intransferíveis a terceiros. Um prédio, de uso particular de um órgão público, pode ser objeto de contrato e, conseqüentemente, de convenção arbitral. Entretanto, o serviço de polícia, em sentido amplo, não pode, porquanto é de uso coletivo, intransferível das mãos do Estado, que tem o dever de zelar pela segurança jurídica dos atos, segundo seu poder de império. (MUNIZ, 2000, p.117).

No que tange a disponibilidade, a professora Muniz destaca que os objetos disponíveis são aqueles, em torno dos quais ocorre um negócio jurídico atinente à alienação ou à propriedade, sendo, portando, correspondentes a interesses individuais. De acordo com as palavras da especialista em Arbitragem,

[...] a expressão da lei alcança todo e qualquer direito disponível, incluindo os intangíveis ou imateriais, relativos ao direito comercial, como o direito ao “nome”, “fundo de comércio”, “marcas e patentes” etc. Os indisponíveis, que correspondem aos vedados

de serem vendidos, doados, cedidos, negociados, não poderão, portanto, ser objeto de questão a ser resolvido por via arbitral. (MUNIZ, 2000, p. 117).

Face ao exposto, é possível depreender que o direito de disponibilidade refere-se à possibilidade de alienar, transferir o bem, por meio de contrato. No caso de uma obra necessária, é possível contratar; no entanto, no caso de direitos do servidor público, não é possível. Uma obra pública tem valores, é possível entregá-la a terceiros. Em contrapartida, os direitos dos servidores públicos são de interesse geral e coletivo, garantidos pela Constituição Federal, não sendo possível a sua transação por meio de contrato, uma vez que servem de segurança ao bom funcionamento da administração pública, que é do interesse de toda a sociedade.

A questão da disponibilidade pode ir um pouco além. A administração pública não pode dispor de interesse público, o qual tem supremacia constitucional. Como então pode ela tratar de direitos que seriam de interesse coletivo? Como pode ela vender propriedades que poderiam ser de interesse da população?

É preciso definir que interesse público é sempre indisponível, pois guarda a ordem social. Ao mesmo tempo de análise, é necessário identificar que a disponibilidade em questão não se refere ao interesse em si, mas ao direito que se encontra sob titularidade, propriedade, da administração pública, que o detém para satisfazer os interesses sociais.

Faz-se relevante destacar a posição de Marçal Justen Filho, para o qual:

O argumento de que a Arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a Arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de Arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 824-825).

Desse modo, a administração pública adquire seus bens por meio de contratação. Sendo assim, não obstante estar seguindo o princípio da indisponibilidade do interesse público, está contratando, criando obrigações e vinculando-se a prestações contratuais administrativas. Assim, a titularidade passa a ser do órgão público. Não fosse possível negociar tais direitos, não se poderia sequer contratar. Nesse sentido, a administração vincula-se às obrigações, disponibilizando direitos cuja titularidade detém; observando, sempre, a melhor opção para atender ao interesse público. Nesse contexto, o direito pode ser disponível, pois está sob propriedade da administração pública, que contratou, em geral, para obtê-lo, mas será indisponível quanto à perspectiva do interesse público, sendo transigível em momentos em que haja efetiva necessidade e interesse públicos envolvidos. Nisso, configura-se o pensamento da possibilidade de transação do direito: disponibilizar por contrato *versus* manter o interesse público.

3.1. Regramento da Arbitragem envolvendo a Administração Pública

3.1.1. Da Convenção de Arbitragem

Devido às recentes mudanças oriundas da Lei n. 13.126/2015, pouco se tem, ainda, sobre regras específicas de procedimento da Arbitragem nesse âmbito. As câmaras de Arbitragem do país estão em processo de adaptação à nova lei, e, portanto, as regras mais específicas ainda estão em elaboração.

Apesar desse contexto, a Arbitragem continua seguindo os mesmos procedimentos gerais

explícitos previstos na Lei n. 9.307/96.

Conforme toda Arbitragem, as partes podem convencionar sua utilização quando celebram contratos. É facultativa essa opção em relação ao recurso ao Judiciário, entretanto, uma vez convencionada, ela torna-se obrigatória, dada sua natureza análoga ao poder jurisdicional.

Sobre tais regras, convém destacar que a legislação brasileira prevê duas modalidades de convenção de Arbitragem, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme art. 3º, da Lei 9.307/96. Em essência, as duas opções levam ao mesmo fim, recorrer à Arbitragem, todavia cabe ressaltar suas diferenças, que terão efeito prático ao longo do tempo da contratação. A cláusula compromissória é um dispositivo expresso no próprio contrato firmado entre as partes, que prevê a utilização da Arbitragem, caso surja eventual conflito, no futuro. Logo, a cláusula representa um evento futuro, de forma a prevenir deterioração da relação contratual. Essa cláusula pode tanto prever o completo procedimento da Arbitragem, desde regras, local, divisão de despesas, quanto deixar essa previsão vazia, preferindo estabelecer o procedimento no futuro, após surgir o litígio.

Em contrapartida, o compromisso arbitral nada mais é do que a convenção de Arbitragem quando emerge o conflito, por necessidade de resolvê-lo. Ele pode servir tanto para preencher a cláusula compromissória vazia como para estabelecer, de início, regras de procedimento.

No caso do Estado do Paraná, já existe previsão de procedimento, graças ao trabalho da Câmara de Arbitragem e Mediação junto à Federação das Indústrias do Estado do Paraná (Cam-FIEP). Essa câmara elaborou uma série de cláusulas a serem posicionadas em contratos levados a edital de licitação. Desse modo, tem-se o seguinte:

- 1) Qualquer disputa ou controvérsia relativa à interpretação ou execução deste Contrato, ou de qualquer forma oriunda ou associada a ele, e que não seja dirimida amigavelmente entre as Partes, deverá ser resolvida de forma definitiva por Arbitragem, nos termos do Regulamento de Arbitragem e Mediação da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (CAMFIEP), e sob a administração da mesma Câmara.
- 2) Em caso de extinção da CAMFIEP durante o prazo de vigência do contrato, caberá às Partes a escolha de nova Câmara Arbitral.
- 3) O Tribunal Arbitral será constituído de 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro. Os árbitros indicados pelas Partes deverão escolher em conjunto o terceiro árbitro, a quem caberá a Presidência do Tribunal Arbitral. Caso não haja acordo quanto à escolha do terceiro árbitro, este será escolhido na forma do Regulamento.
- 4) A sede da Arbitragem e da prolação da Sentença será a cidade de [CIDADE].
- 5) O idioma da Arbitragem será o português.
- 6) A Arbitragem será de direito, aplicando-se o direito brasileiro ao mérito do litígio.
- 7) Aplicar-se-á ao processo arbitral o previsto no Regulamento de Arbitragem e Mediação da CAMFIEP e na Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, constituindo a sentença título executivo vinculante entre as Partes.
- 8) A Sentença Arbitral será pública.
- 9) As Partes aderem ao procedimento de Arbitragem de Emergência previsto no Regulamento de Arbitragem e Mediação da CAMFIEP, para quaisquer medidas urgentes que sejam necessárias.
- 10) As partes elegem o Foro de [FORO JUDICIAL] para quaisquer medidas judiciais necessárias, incluindo a execução da Sentença Arbitral. A eventual propositura de medidas judiciais pelas Partes deverá ser imediatamente comunicada à CAMFIEP e ao Tribunal Arbitral, caso já constituído, e não implica nem deverá ser interpretada como renúncia à Arbitragem, nem afetará a existência, validade e eficácia da presente Cláusula Arbitral. (CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ. *Modelo de Cláusula Compromissória*. 2018).

Esse modelo é o que será difundido, ao menos no Paraná, em contratações envolvendo

entidades de direito público. Clara, portanto, é a escolha da administração pública no Paraná, que tem como referência a Cam-FIEP, como instituição de preferência, a qual disponibiliza um rol de árbitros à escolha das partes. Oportunamente, é mister abordar a questão da instauração do compromisso arbitral quando não haja acordo prévio ou quando houver desentendimentos entre as partes.

Para esses casos, a solução poderá dar-se por meio *extrajudicial*, através de um convite a outra parte para celebração da convenção arbitral até então inexistente, ou quando a cláusula compromissória for considerada vazia, havendo necessidade de consenso para o regramento da Arbitragem. Esse entendimento segue a previsão do art. 6º da Lei 9.307/96, o qual confere a parte interessada em dar início a Arbitragem a responsabilidade de chamar a outra, por qualquer meio de comunicação, para firmar conjuntamente o compromisso arbitral.

No caso de não haver consenso no modo extrajudicial, a solução para a confecção do compromisso arbitral se dará judicialmente, podendo o juiz tentar um acordo entre as partes quanto as regras a serem aplicadas ou escolhendo-as quando não houver cooperação de qualquer das partes, a decisão judicial será o próprio compromisso arbitral, conforme previsão do parágrafo único do art. 6º e art. 7º da Lei 9.307/96.

Muito usual é a opção das partes pela Arbitragem institucionalizada, prevista no art. 21 da Lei de Arbitragem, deixando a responsabilidade de regramento da Arbitragem aos cuidados de uma instituição ou órgão arbitral.

Torna-se relevante tratar a respeito de algumas limitações legais na autonomia da administração pública quanto as regras da convenção de arbitragem, como, por exemplo, a previsão do art. 3º da Lei n. 9.307/96, o qual permite, às partes, convencionarem o modo de julgamento do árbitro: se de direito ou de equidade, sendo fundamental esclarecer as diferenças entre os dois institutos. No caso de duas partes iguais, elas poderão decidir as regras do julgamento, se de direito ou equidade; neste aspecto, colocam-se em posição de igualdade, estabelecem regras não necessariamente previstas em lei para que o árbitro possa dirimir seu conflito, sem considerar uma parte mais fraca ou mais forte em relação à outra.

No que concerne à administração pública, esta é pessoa jurídica de direito público, que representa toda uma coletividade de indivíduos constitucionalmente iguais entre si, formando uma única entidade. Essa entidade é que se torna responsável pelas ações do interesse coletivo; logo, será superior à toda coletividade em que se encontram outras partes de eventual contratação. Nesse enfoque, a administração pública não se encontra em igualdade com relação aos demais, estando restrita ao que estabelece a legislação pátria.

Desta forma, a Arbitragem pública está obrigada ao julgamento proferido por direito, de forma que o árbitro levará em conta a posição desigual das partes. Por exemplo, um morador que foi desapropriado de sua chácara para a passagem de uma rodovia federal não está em condições de discutir, em igualdade jurídica, com a União. Essa representa o interesse público de construir-se uma rodovia que interligue as regiões; a sociedade tem interesse maior, pode desapropriar, mas só o consegue por estar em maior número, evidenciando uma fraqueza contra o único morador do terreno. Desse modo, o árbitro deverá analisar essa desigualdade, a fim de que apresente um julgamento justo e satisfatório para ambas as partes; portanto, quando houver administração pública envolvida no litígio, a Arbitragem deverá ser obrigatoriamente de direito.

Confirmando este entendimento, a própria lei acrescentou tal obrigatoriedade, prevendo que, nestes casos, a administração pública deverá sempre ser de direito e respeitar o princípio da publicidade, conforme § 3º do art. 2º da Lei 9.307/96.

Quanto ao princípio constitucional da publicidade, consagrado no art. 37 da CRFB/88, conforme exposto, deverá ser, sempre, seguido pela administração pública.

Todos os atos praticados pela entidade pública estão vinculados ao interesse da sociedade.

Esta, na qualidade de titular original do Estado e de todos os atos praticados pelos governos, detém o direito de conhecer as ações praticadas por seus órgãos representantes. Assim, a entidade de direito público deve informar à população seus atos. Analogamente, toda sentença que a envolva deverá ser proferida e publicada, de modo que todos possam tomar ciência da decisão arbitral.

Não obstante haver essa premissa constitucional de dever de publicidade, ela não é absoluta: há interesses comerciais, tanto do Estado, quanto da parte privada, com suas políticas e estratégias comerciais.

A administração pública pode ser tanto direta quanto indireta. No caso da direta, é necessário que se tenha controle transparente de suas ações; porém, no caso da indireta e, mormente, quando uma ou outra contrata com um particular, a publicidade é relativizada.

Joaquim de Paiva Muniz, membro da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB esclarece que o § 3º do art.2º da Lei de Arbitragem deverá ser interpretado *cum grano salis*. Com efeito, um processo arbitral, em vista da sua própria natureza, não pode ser conduzido com o mesmo grau de publicidade de um processo judicial. Seria incomum conceber todas as audiências arbitrais abertas ao público ou com todos os documentos disponíveis para cópia de terceiros, em vista da sensibilidade de certas informações. Recomenda-se que a publicidade seja relativizada, para se evitar abusos. (MUNIZ, 2015, p. 17).

De fato, quando se observa as partes de um litígio na Arbitragem, o que menos se deseja é abertura do caso, uma vez que envolve interesse de natureza privada. A renomada professora Selma Telles defende, igualmente, a flexibilização da publicidade do processo arbitral, quando está envolvido um ente público.

Primeiramente, Selma Lemes, define a diferença entre sigilo e privacidade. Esta se relaciona com o próprio local físico da Arbitragem, bem como à matéria do caso. Já aquele, refere-se à sentença e documentos, exigindo sigilo quanto ao conteúdo, aos fundamentos. (LEMES, 2003, p 17.)

Nesse enfoque, é possível inferir que a publicidade, na administração pública, é bem-vinda e devida, porém resguardando certos direitos de confidencialidade. Assim, pode-se publicar, não toda a sentença, mas apenas os excertos mais importantes, que poderiam contribuir com a ciência da Arbitragem, de modo a transmitirem o conhecimento. Desse modo, não se obteria o conteúdo completo do caso, mas a matéria poderia ser conhecida.

No que concerne a contratos específicos de concessão de serviços públicos, a fim de preservar eventuais interesses particulares, a administração pública e o particular podem prever manutenção de privacidade, salvo se não houver disposição legal em contrário; porém, por mais que tentem manter o sigilo dos documentos e da sentença, eles não poderão ser absolutamente fechados, porquanto a administração pública está sujeita a controle, principalmente pelo Tribunal de Contas da União ou dos Estados.

Apesar de não descrever sobre a publicidade dos requisitos essenciais da sentença, Tânia Lobo Muniz elenca-os, de modo a ser inteligível a compreensão da necessidade de relativização da publicidade. Assim, conforme detalha a autora, o relatório possui nome, identidade das partes, caracterização do litígio, objeto, atos e elementos ocorridos no juízo arbitral. Os fundamentos, em adição, contêm análise dos fatos e dos direitos e o conteúdo apresenta todo o litígio, estipulando penalidades e prazos para cumprimento da sentença, versando sobre responsabilidade das partes sobre custas e despesas podendo, ainda, conter mera declaração de conciliação das partes. (MUNIZ, 2000, p. 132).

Diante do exposto, deduzem-se os limites para a absoluta transparência dos processos arbitrais. Com relação ao relatório e documentos, nem todos os elementos poderão ser públicos, tendo em vista que muitos deles se referem à identidade particular das pessoas jurídicas de direito privado envolvidas. Não é possível abrir toda a saúde financeira de um particular ou de uma empresa pública de regime privado, deliberadamente. Somente quanto ao conteúdo, poder-se-ia ter maior flexibiliza-

ção, porquanto contém informações atinentes às penalidades e prazos, com cunho pecuniário, permitindo, desse modo, o controle pela sociedade e pelos Tribunais de Contas.

Dessa maneira, conforme ressalta Selma Lemes, não há regra fixa e imutável sobre a privacidade, sigilo ou confidencialidade. Os acordos entre as partes deverão ser respeitados na medida do legalmente possível. A questão, então, será a de proteger não os atos da administração pública em si, mas os interesses sob-regime de direito privado envolvido na questão, como informações comerciais e estratégicas de empresas. (LEMES, 2003, p.19-20).

3.1.2. Da escolha do árbitro

Muitas questões têm sido levantadas acerca da atividade pública e da escolha de serviços de Arbitragem, que não passariam de serviços contratados pela entidade de direito público. Sendo assim, a princípio, haveria necessidade de licitação, conforme Lei n. 8.666/90, por meio da qual se preveria a concorrência de vários órgãos arbitrais para contratarem com a administração pública. O princípio do interesse público e o da economia regeriam essa contratação, vez que se deveria obter o serviço arbitral de menor custo possível.

Não obstante ser esse um requisito legal, não pode ser aplicado às questões atinentes à Arbitragem, por dois principais motivos, o primeiro deles é o desperdício de dinheiro público e o outro do tempo. A fim de se realizar um processo de licitação, é necessário lançar edital, esperar que os candidatos preencham requisitos, verificar e fiscalizar a boa índole de cada um deles para, então, contratar, gerando grande dispêndio de dinheiro público com documentação e salários de funcionários, que se concentram neste serviço enquanto poderiam estar realizando algo de maior interesse social, por isso, indiretamente, não deixa de ser desperdício de dinheiro público, o que vai de encontro ao princípio da eficiência, defendido no art. 37 da CFRB/88.

Igualmente, há de se mencionar também o princípio da celeridade contra o processo de licitação de serviços arbitrais. Imagine que, para cada caso envolvendo uma disputa, haja necessidade de licitar, a eficiência temporal restaria comprometida, já que esforços seriam empenhados para concretizar uma licitação que se prolonga no tempo: a licitação toma tempo do serviço público, impede que a resolução do problema se encontre brevemente, a qual é de extremo interesse público da sociedade.

Nesse sentido, conclui-se algo evidente: todos querem a solução menos onerosa e a mais célere possível.

Foi nessa linha de raciocínio que o entendimento geral admitiu a não aplicação da licitação combinado com o art. 13, da Lei 9.307/96, de acordo com a qual o árbitro é escolhido livremente pelas partes, atendendo aos requisitos de capacidade e de confiança mormente.

Além dos dois motivos expostos, relevantemente, a questão da confiança no árbitro. Como poderia a administração pública contratar um árbitro de confiança, se ela seria forçada a contratar alguém por meio de licitação, ou seja, que não fosse de própria escolha? Seria praticamente impossível um árbitro licitado ser da escolha particular da administração pública.

Dessa maneira, obtém-se a regra da escolha dos árbitros, cabendo um árbitro escolhido pelas partes ou mais de um sempre em número ímpar, com o fim de evitar empates. Se escolherem número par, os próprios árbitros devem escolher mais um caso contrário um juiz, provocado pelas partes, nomeia outro árbitro.

Evidentemente, a administração pública tem o interesse e o dever de diminuir os custos ao máximo possível. Conforme destacam Daniel Fabio Nogueira e Ney Bastos, dependendo da complexidade do caso, faz-se profícua a escolha de um colegiado de vários árbitros, já que estes podem ser de diferentes especializações e, portanto, podem chegar a melhor solução. Apesar disso, o elevado número engrandece os custos, o que poderia atingir o princípio da economia nos atos dos entes pú-

blicos. (BASTOS; NOGUEIRA, 2015, p. 28).

Em semelhante linha de raciocínio, ressalta Cahali, que:

Ao se considerar os valores de honorários acrescidos na proporção direta do número de árbitros, o colegiado, quando assim eleito pelas partes, se faz rotineiramente com três participantes, sendo raríssimos painéis com cinco ou mais integrantes” (CAHALI, 2013, p. 168).

Nesse sentido, excluindo a possibilidade de licitação para Arbitragem – é mister lembrar que essa licitação é diferente de licitação de contrato –, a administração pública deve seguir os mesmos princípios quanto a escolha de árbitros, conforme disposto no Capítulo III da Lei de Arbitragem.

Outro ponto importante a ressaltar é quanto a responsabilidade penal do árbitro, quando no exercício da função equipara-se a funcionário público podendo responder pelos crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, tais como o peculato, a concussão, a prevaricação e a corrupção passiva, consoante exposto nos arts. 17 e 18 da Lei 9.307/96.

Salienta-se, ainda, que o julgamento do árbitro não é passível de recurso ou de homologação pelo Judiciário, possuindo os mesmos efeitos de um título executivo judicial. Havendo obscuridades ou omissão na sentença arbitral, cabe apenas os embargos declaratórios, após 5 dias da data de ciência ou de notificação da sentença, conforme explanado no art. 30 da Lei de Arbitragem.

4 DIFICULDADES DE ACEITAÇÃO DA ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

Apesar da moderna legislação, prevendo expressamente o uso da Arbitragem inclusive no âmbito da administração pública, ao contrário do que acreditavam os doutrinadores à época da publicação da Lei 9.307/96, que a mesma seria amplamente utilizada por restabelecer a liberdade de buscar a justiça como exercício do consenso (MOREIRA NETO, 1997, p. 1), referido método de solução de conflitos ainda é parcamente utilizado pela própria administração pública, conservando-se a preferência pela solução dos litígios através do judiciário.

Segundo palavras do estudioso em direitos autorais Maurício Cozer Dias, o uso corrente da Arbitragem só não foi incorporado ao ordenamento jurídico de maneira aberta, pelo fato de que há, ainda, uma “antinomia cultural”, mantendo assaz desconfiança e reserva ao se entregar litígios privados aos tribunais arbitrais. (DIAS, 2002, p. 407).

No que concerne a administração pública, embora haja esforços da nova redação inserida na Lei de Arbitragem pela Lei 13.129/15, é notável certa hesitação dos interessados em levar seus conflitos a um árbitro, muito embora tenham contratado jurisdição arbitral.

Como se acompanha, as empresas privadas têm receio de não serem tratadas de forma justa e isonômica, não obstante haver previsão expressa em lei, como no artigo 173 da CFRB/88. Pouco se acredita na decisão arbitral, provocando-se a tendência para a busca pelo Judiciário ao invés da Arbitragem.

Outro ponto crítico, que sugere esse receio, é a dificuldade de se obter informação e mesmo publicidade dos processos arbitrais, pois, como analisado anteriormente, muitas sentenças são abertas somente em fragmentos, sem que o relatório ou os fundamentos e demais documentos sejam publicados. Geralmente, quando se obtém informação, já é por meio de acórdãos do STJ ou dos Tribunais de Justiça, ou seja, quando já existe recurso, em geral, contra uma decisão arbitral. Apesar disso, cabe enfatizar que ainda resta a questão de uma publicação mais acessível à sociedade civil.

Quanto à obrigatoriedade da execução da sentença, não obstante haver dificuldades para manter a execução por meio de força coercitiva, está na Lei de Arbitragem o cumprimento obrigatório das sentenças arbitrais, e já é de entendimento absoluto da jurisprudência que a decisão arbitral deve ser obedecida e que não poderá ser objeto de recurso judicial, salvo casos expressos no art.32 da Lei 9.307/96.

Conforme elucida Cahali, falta à Arbitragem um grande poder de jurisdição que é a *coercio* e a *executio*, já que um dos intuitos dessa forma de resolução de conflitos é exatamente a pacificação amigável. Assim, conclui o jurista, caso haja necessidade de forçar a execução, apenas o Judiciário poderá fazê-lo. (CAHALI, 2013, p. 309)

5 CASO COMPAGAS VERSUS CARIOCA PASSARELI

O caso COMPAGAS é ressaltado neste estudo por ser uma empresa paranaense e um dos primeiros casos em que o Judiciário avaliou, antes das modificações atuais da Lei 9.307/96, as fronteiras da arbitrabilidade subjetiva, envolvendo uma empresa de economia mista e uma empresa privada, respectivamente, a COMPAGAS e o Consórcio Carioca Passarelli, concluindo pela possibilidade da Arbitragem na administração pública. De forma peculiar e esclarecedora em comentários ao referido acórdão, Arnoldo Wald comenta que a relevância de tal decisão não está restrita apenas a profundidade de suas teses, mas também por reconhecer que a “solução arbitral equivale a decisão judicial e que o recurso à arbitragem é uma fórmula normal de dirimir litígios. Acessoriamente, admite não haver dúvida quanto a validade da sentença arbitral dada por dois árbitros sem a assinatura do terceiro.” (WALD, 2012, p. 373).

A controvérsia instaurada e analisada inicialmente, em primeira instância, pela 3ª Vara da Fazenda Pública do Paraná da Comarca de Curitiba, sob n. 200100022237, desenvolveu-se em torno da necessidade de readequação econômico-financeira do contrato firmado entre as mesmas, desejando, assim, a autora Companhia Paranaense de Gás - COMPAGAS anular a decisão arbitral e o próprio compromisso arbitral por ela contratado com a ré. Dentre outros motivos alegados pela autora, foram arguidos a imprevisibilidade da Arbitragem no edital de licitação, a indisponibilidade do interesse público envolvido e a nulidade de sentença arbitral decidida por dois árbitros. (BRASIL. TJPR. Acórdão n.18014. 2004).

Após sentença de primeiro grau que entendeu lícito o compromisso arbitral, reconhecendo os direitos da ré, a COMPAGAS interpôs Recurso de Apelação cível, o qual tramitou na 7ª Câmara Cível do TJPR, sob o nº 247.646-0. Já mais avançado nos entendimentos acerca da Arbitragem na administração pública, o tribunal paranaense indeferiu as arguições da Apelante nos seguintes termos:

COMPROMISSO ARBITRAL - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - EXPLORAÇÃO DE GÁS CANALIZADO NÃO CARACTERIZA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MAS ATIVIDADE DE REGIME PRIVADO - NÃO ENVOLVE DIREITOS INDISPONÍVEIS - CONTRATO ADMINISTRATIVO - ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM - VÍCIOS DO COMPROMISSO NÃO CONFIGURADOS – RECURSO IMPROVIDO. A atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II). O fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por Arbitragem. Admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral. (BRASIL. TJPR. Acórdão n. 18014. 2004).

Inconformada com a decisão, a COMPAGAS recorreu ao STJ, alegando os mesmos motivos, no intuito de lograr anulação da sentença arbitral. Novamente, o recurso foi negado.

Nesse contexto, é mister analisar os elementos principais desse processo.

De fato, a COMPAGAS representa um interesse coletivo, já que a distribuição de gás é primordial para fomentar a produção estatal. Não obstante, o objeto em foco não é indisponível, como alegado, porém disponível, uma vez que o objeto do contrato tem caráter pecuniário e, segundo o

art.173, § 1, inciso II, da CRFB/88, a empresa está subordinada as regras do direito privado, por ser sociedade de economia mista que explora atividade econômica e que comercializa bens. Dessa forma, o ato de comercializar um bem, não constituindo prestação de serviço público, já o torna disponível, conforme entendeu o TJPR.

A ausência de previsão do uso da arbitragem no edital de licitação, embora as partes tenham posteriormente firmado compromisso arbitral quando do surgimento da controvérsia, ensejou a alegação de descumprimento das normas do edital, o que afetaria a validade do contrato, contudo, a questão foi refutada em decorrência da falta de proibição da opção pela Arbitragem, portanto, o firmamento de compromisso arbitral, posterior ao contrato escrito, não se oporia às normas do certame. Além disso, por ser de natureza posterior ao contrato, o compromisso arbitral tem cunho supletivo, já que se pretendeu, por vontade de ambas as partes, solucionar uma controvérsia pré-estabelecida.

De acordo com o entendimento exposto no Recurso Especial ao STJ sob o nº 904.813-PR, a escolha de recorrer à decisão arbitral não violou o princípio da vinculação ao edital, portanto, considerou-se o compromisso arbitral válido.

Sendo válida a convenção de Arbitragem, a escolha do foro não necessita de ser vinculada à sede da administração pública, no caso, Curitiba. Esse entendimento foi ressaltado pela Terceira Turma do STJ, no voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, a qual afirmou que a cláusula de escolha de foro, conforme previsto no art. 55, § 2 da Lei de Licitações não é essencial, nem afasta a possibilidade de sentença arbitral. A existência de jurisdição do foro da sede não se sobrepõe à decisão arbitral, mas continua importante, porquanto permite concessão de medidas de urgência, execução de sentença arbitral e mesmo a instituição de Arbitragem, caso não haja acordo das partes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904813/PR, 2012). Nessa acepção, a alegação da autora não encontrou fundamentos na Lei de Licitação.

No que tange a decisão proferida por dois árbitros, a COMPAGAS alegou violação aos arts. 7º e 16º, § 2, da Lei de Arbitragem, uma vez que declarou não ter a ré providenciado nomeação de um terceiro julgador. Em verdade, conforme consta no acórdão do STJ, haviam três árbitros, entretanto um deixou de participar; os dois restantes decidiram, por maioria, já que a autora não indicara substituto. Assim se tem proferido no Acórdão:

Na hipótese, não se verificou empate, mas decisão por maioria. Ou seja, foi alcançado o resultado pretendido pelo legislador, inobstante o árbitro nomeado pela recorrente ter deixado de participar do procedimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904813/PR, 2012).

Nesse sentido, o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça configurou-se improficuo para as pretensões da Companhia Paranaense de Gás. De fato, esta não tinha direito de reclamar nulidade do compromisso arbitral, já que este é válido mesmo em casos de licitações, não viola o art. 41, da Lei 8.666/93 e não se opõe ao foro da sede da administração pública, previsto no art. 55 da mesma Lei. A arbitrabilidade subjetiva foi definida para a empresa de economia mista, de acordo com o art. 173, § 1, inciso II, dado que se considerou a sociedade de economia mista em igual nível de empresas privadas, respeitando o princípio da isonomia, e o objeto, portanto, foi considerado disponível, observando seu valor pecuniário e transacionável.

Como observação conclusiva, o caso da COMPAGAS abriu relevantes precedentes para a Arbitragem no caso de empresas da administração pública. E com a nova redação da Lei 9.307/96, resta indubitável a capacidade subjetiva de a administração pública ser parte nas convenções de Arbitragem quando tiver objetos patrimoniais disponíveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da Arbitragem foi um objeto de constante modificação legal no direito brasileiro e de várias discussões acerca da legalidade do seu uso pela administração pública. Com o desenvolvimento das leis e das novas dinâmicas do judiciário e, da própria sociedade, foi preciso promover a celeridade na solução dos litígios, em especial, buscar ferramentas para aliviar o sistema de justiça brasileiro. Dessa forma, a Arbitragem passou a ser tida como alternativa viável e efetiva para, associada a outras medidas, solucionar esse problema.

Não obstante inexistir proibição expressa para o uso da Arbitragem no âmbito público, foi necessária uma evolução do pensamento jurídico, na última década, acerca da admissão da entidade pública na Arbitragem, como no caso da COMPAGAS, que impulsionou o reconhecimento da validade da convenção arbitral, envolvendo litigante de direito público. Isso tudo culminou na reforma da Lei 9.307/96, a qual normatizou a capacidade da administração pública poder ser parte no processo arbitral.

Considerando essa situação, pode-se observar que, com essa positiva evolução, a admissão expressa pela Lei só contribuiu para a promoção das políticas públicas de acesso à justiça, de maneira a proporcionar celeridade na resolução dos conflitos e a dar espaço para novas demandas à justiça nacional pelos demais cidadãos, colaborando com a democracia no país.

Além disso, a abertura da Arbitragem para resolver os conflitos envolvendo entes estatais contribuiu para a economia processual e financeira da relação, dado que um processo comum na justiça demandaria maior tempo e mais custos. Com a Arbitragem, esses dois aspectos negativos tendem a diminuir consideravelmente.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Ney; NOGUEIRA, Daniel Fabio. *Reforma da Lei de Arbitragem*. Comentários ao texto completo. COPREMA, 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. TJPR. *Diário da Justiça Paraná*, 20 de fevereiro de 2004, p. 44. Num. Acórdão: 18014. Num. Livro: 198. Folhas: 43 a 51. Julgado em: 11/02/2004. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/antigos-diario-da-justica?>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 904813/PR. RECURSO ESPECIAL 2006/0038111-2*. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 20/10/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 28/02/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=COMPAGAS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 12 out. 2016.

CABRAL, Bernardo de Mattos Freire. SOARES, Pedro Silveira Campos. *Arbitragem e Administração Pública: O Caso COMPAGAS*. 25/04/2012. Disponível em: <[pss@grebler.com.brhttp://www.grebler.com.br/Artigos.html.47](http://www.grebler.com.brhttp://www.grebler.com.br/Artigos.html.47)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ. *Modelo de Cláusulas Compromissórias*. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml>>. Acesso em: 01 jan. 2018.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lôbo. *Todas as Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1971.

CHATT, Cidinei Bogo Chatt. *A transação como forma alternativa de resolução de conflito em matéria tributária*. 17 de maio de 2011. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado. ORIENTADOR: Prof. Dr. Paulo Vanderlei Vargas Groff. SANTO ÂNGELO. Disponível em: <http://www.saopauloArbitragem.com.br/noticias.asp?id_parametro=noticia&idtiponoticia=1&id_secao=2&id_noticia=311>. Acesso em: 05 dez. 2016.

DIAS, Maurício Cozer. *Direito autoral*. Campinas: LZN, 2002.

FIEP. *Contratos de PPPs e concessões do governo do Paraná terão Arbitragem pela CAMFIEP*. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-Arbitragem/contratos-de-ppps-e-concessoes-do-governo-do-parana-terao-Arbitragem-pela-camfiep-1-20704-305716.shtml>>. Acesso em: 24 out. 2016.

FIEP. *Modelos de Cláusulas Compromissórias*. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-Arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli [Coords.]. *Vade Mecum Humanístico*. 3.ed. São Paulo: RT, 2012.

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Arbitragem na administração pública brasileira e a indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. p. 1146 -1161. DOI: 10.12957/rqi.2017.23491.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: Arbitralidade Objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual (lecture). *Comitê Brasileiro de Arbitragem*, São Paulo/SP, 2003. Disponível em: <selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Jurisprudência brasileira sobre arbitragem e sociedade de economia mista*. Uma lição pedagógica. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20e%20SEM.%20Jurisprud%3%AAncia%20Pedag%3%B3gica.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

MARDEGAN, Herick. *Arbitragem e o Direito Empresarial: Efetividade e Adequação*. Curitiba: Juruá, 2010.

MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem e as entidades de direito público*. 2017. Disponível em: <<http://batistamartins.com/a-arbitragem-e-as-entidades-de-direito-publico-2/>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 223, p.115-131. jan./mar. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48315/46500>>.

MENDES, Soraya. *Os efeitos da revelia aplicados à Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.fonsecaadvocacia.com.br/Portal/Fonseca/noticiaDetalhe.aspx?nCdConteudo=29725>>. Acesso em: 9 set. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A & C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/207>>. Acesso em: 01 Jan. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul. 1997. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47043/46028>>. Acesso em: 01 Jan. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v209.1997.47043>.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2000.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Reforma da Lei de Arbitragem: Comentários ao texto completo*. COPREMA, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SERRÃO, André. WALD, Arnoldo. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. *Revista de arbitragem e mediação – Rarb-16*, 2008, p. 11-32.

UNCITRAL. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

WALD, Arnold. Comentário ao acórdão STJ – Resp 904813/PR. 3ª T. – j. 20.10.2011. v.u. Relator(a) Ministra Nancy Andrigui. Dje 28.02.2012. *Revista de arbitragem e mediação – Rarb-33*, 2012, p. 362-375.

WALD, Arnold. Emenda desnecessária. Não há razão para exigir previsão de Arbitragem em contrato. 29 de julho de 2014, 14h30. *Consultor Jurídico – CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-29/arnoldo-wald-nao-razao-exigir-previsao-Arbitragem-contrato>>. Acesso em: 15 set. 2016.

Recebido em: 26/04/2017

Aprovado em: 21/12/2017

Como citar este artigo (ABNT):

RUIZ, Ivan Aparecido; Nunes, Taís Zanini de Sá Duarte; CAVAZANI, Alexandre Zaporoszenko. Arbitragem e administração pública brasileira: breves considerações e perspectivas analíticas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p. 28-46, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

EFEITOS DO TRANSCURSO DO TEMPO E A POLÊMICA SOBRE A PRESCRIÇÃO DAS MULTAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

EFFECTS OF THE PASSAGE OF TIME AND THE CONTROVERSY OVER THE FINES'S LIMITATION OF ACTION IN COURTS OF ACCOUNTS

Marcos Ehrhardt Júnior ¹
Ricardo Schneider Rodrigues ²

RESUMO: O objetivo deste artigo consiste em definir se a cominação de multa pelos Tribunais de Contas (TCs) está sujeita à prescrição e, em caso positivo, indicar qual seria o regime jurídico aplicável à hipótese de inexistência de norma jurídica sobre o tema. Nesta abordagem é analisada a competência sancionatória dos TCs e como o tema é abordado no TCU. São estudados, do ponto de vista teórico, o fenômeno da prescrição e a questão da colmatação da lacuna normativa no âmbito do direito público, a partir de análise bibliográfica qualitativa. A ausência de regra expressa não permite a aplicação de penalidades a qualquer tempo, pois equivaleria a instituir penas imprescritíveis sem amparo constitucional. O TCU utiliza o prazo prescricional geral e as respectivas hipóteses interruptivas previstos no Código Civil. O regime jurídico administrativo guarda peculiaridades em relação ao regime de direito privado, a atrair, em caso de lacuna normativa, as regras afeiçoadas ao regime público. No caso das multas decorrentes do descumprimento de suas determinações ou em razão da violação de normas legais ou regulamentares, as normas de direito público mais próximas e que regulamentam em todos os aspectos a questão são aquelas previstas na Lei n. 9.873/99.

Palavras-chave: Analogia; colmatação de lacuna; multa; prescrição; tribunal de contas.

ABSTRACT: The purpose of this article is to determine if the fine application by the Courts of Accounts is subject to some limitation of action period and, if so, indicate the legal regime applicable to the hypothesis of non-existence of a legal rule about it. This approach examines the sanctioning competence of CAs and how the topic is addressed in the Federal Court of Accounts. From a theoretical point of view, the phenomenon of limitation of action and the question of filling the legal gap in the scope of public law, based on a qualitative bibliographical analysis, are studied. The absence of an express rule does not allow the application of penalties at any time, since it would amount to imposing imprescriptible penalties without constitutional provision. The FCA uses the general limitation of action period and the respective interruptive hypotheses foreseen in the Civil Code. The administrative legal regime has peculiarities in relation to the regime of private law, to attract, in case of a legal gap, the rules attached to the public regime. In the case of fines resulting from noncompliance with its determinations or due to violation of legal or regulatory norms, the closest public norms and that regulate in all aspects the question are those provided for in Law n. 9,873/99.

Keywords: Analogy; court of accounts; fine; legal gap filling; limitation of action.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário Cesmac/Alagoas. Advogado.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário Cesmac/Alagoas. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas.

1 INTRODUÇÃO

O problema do decurso do tempo sem manifestação das Cortes de Contas costuma suscitar diversos questionamentos pelos gestores públicos, muitas vezes inconformados com a atuação tardia do órgão de fiscalização. Em razão disso, diversos Tribunais de Contas (TCs) no Brasil têm se deparado com controvérsias relacionadas à disciplina do prazo prescricional e decadencial aplicável no âmbito de suas atividades de controle externo, como demonstram as diversas demandas judiciais relacionadas ao tema.

Em 2016, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a repercussão geral da questão da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (2016b). Em outro caso, ajuizou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5259, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, contra artigos da Lei complementar n. 588, do Estado de Santa Catarina, que estabeleceu o prazo de cinco anos para análise e julgamento de todos os processos administrativos relativos a administradores e demais responsáveis submetidos ao controle do Tribunal de Contas (TC) local.³

Nesta trilha, em setembro de 2015, o Procurador-Geral da República ajuizou a ADI n. 5384, sob a Relatoria do Min. Alexandre de Moraes, contra dispositivos da Constituição do Estado de Minas Gerais e da Lei Complementar estadual n. 102, de 2008, que disciplinaram a prescrição e a decadência no âmbito do TCE/MG. Em linhas gerais, o *Parquet* entendeu que as regras editadas não estariam em consonância com as normas adotadas no âmbito do TCU, violando o princípio da simetria; que não há prazo prescricional para a reparação de danos ao erário; e que não poderia o Poder Legislativo ter inserido em projeto de lei de iniciativa da Corte de Contas temas totalmente dissociados da proposta original.⁴

O Procurador-Geral da República também ajuizou, em abril de 2016, a ADI n. 5509, de Relatoria do Min. Edson Fachin, em face de diversos dispositivos da Constituição do Estado do Ceará, que instituíram, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, os institutos da prescrição e da decadência, com prazo de cinco anos, ao argumento de que tal previsão violaria a cláusula de imprescritibilidade do art. 37, §5º, da Constituição Federal.

Em julgado de novembro de 2016, o STF (2016a) declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição de Sergipe que estipulava o prazo de 180 dias para apresentação do parecer prévio pelo TC local. A norma estabelecia que, decorrido o prazo sem manifestação, seria permitido às Câmaras Municipais proceder ao julgamento das contas dos respectivos Prefeitos, independentemente da atuação prévia da Corte de Contas. Em caso semelhante a este foi ajuizada pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 434, de Relatoria do Min. Celso de Mello, em decorrência da atuação da Assembleia Legislativa de Alagoas, que aprovou diversas prestações de contas do então Governador do Estado sem que houvesse a manifestação prévia do TC, diante da demora do órgão de controle no desempenho de suas funções.

A questão temporal também repercutiu sobre a competência das Cortes de Contas quanto ao exame de legalidade e registro dos atos de aposentadoria, pensão e reforma. A Suprema Corte (2007)

3 Na referida demanda, o Ministério Público Federal, autor da ação, proposta em março de 2015, manifestou-se posteriormente, 16 de setembro de 2015, pela declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no Parecer n. 182.786/2015-AsJConst/SAJ/PGR, da lavra do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, a fim de afastar do campo de incidência dos prazos prescricionais os procedimentos administrativos da competência do Tribunal de Contas Estadual que visem, direta ou indiretamente, ao ressarcimento de danos causados ao erário.

4 Até o momento o STF não apreciou o pedido de medida cautelar formulado pelo Procurador-Geral da República. O TCE/MG vem adotando a disciplina da Lei Complementar n. 102/2008, ressaltando, contudo, os casos de pretensão ressarcitória voltada à recomposição de prejuízo causado ao erário, considerada imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da CR (2017a; 2017b).

adota o entendimento de que o contraditório e ampla defesa não precisam ser observados nos referidos processos, por se tratar de ato complexo.⁵

No julgado mais recente, de março de 2017, o Supremo enfrentou o tema da prescrição em relação às multas aplicadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), diante da lacuna normativa sobre o prazo para o exercício da pretensão punitiva (2017a).

As consequências jurídicas que a omissão dos Tribunais de Contas pode gerar comportam, portanto, diversas análises. É possível observar a questão do ponto de vista das Cortes que já possuem normas expressas tratando do tema, como visto no caso de Santa Catarina, do Ceará e de Minas Gerais, ou daquelas onde ainda há lacuna normativa, como o ocorre, por exemplo, no Tribunal de Contas da União (TCU) e no Tribunal de Contas do Estado de Alagoas.

Também é pertinente o exame da omissão conforme a competência exercida pelo TC, se relativa à emissão de parecer prévio, julgamento de contas, registro do ato de aposentadoria, pensão, reforma ou admissão de pessoal, ou ainda se em processo voltado à apuração de dano ao erário ou à aplicação de multa em decorrência do descumprimento de alguma determinação da Corte (competência sancionatória). São várias as possibilidades de enfrentamento do fenômeno, que nem sempre encontra tratamento adequado em nossa doutrina.

É necessário, portanto, delimitar a abordagem dos efeitos jurídicos decorrentes do referido fato jurídico. Neste trabalho, o objetivo consiste especificamente em definir se a cominação de multa pelos Tribunais de Contas está sujeita à prescrição, em razão da inércia da Corte, bem como, em caso positivo, indicar qual seria o regime jurídico aplicável à hipótese de inexistência de norma jurídica expressa dispondo sobre o prazo prescricional.

Para o deslinde da questão será analisada, inicialmente, a competência sancionatória dos Tribunais de Contas e o fenômeno da prescrição, a partir do ponto de vista teórico, para, em seguida, expor como o assunto vem sendo abordado no âmbito do TCU e do STF. A escolha do Tribunal de Contas da União justifica-se pelo fato de a própria Constituição atribuir-lhe a qualidade de paradigma em relação às Cortes estaduais (art. 75 da CR) e a do STF por exercer, corriqueiramente, o controle sobre a atuação do TCU, por força da competência estabelecida no art. 102, inciso I, “d”, da Constituição. Além disso, o TCU (2016) pacificou a questão ora analisada, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, de forma contrária ao entendimento recentemente apresentado pelo STF (2017a). Ao final, será abordado o problema da colmatação da lacuna normativa no âmbito do Direito Público, a partir de análise qualitativa da bibliografia relacionada ao tema.

2 A COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas não ocupam um papel facilmente adequável à clássica tripartição dos poderes (ou funções) do Estado. Embora auxiliem o Poder Legislativo não são órgão dele, pois desempenham funções próprias e exclusivas. Não são subordinados a qualquer dos três Poderes clássicos, mas possuem autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Sua estrutura orgânica e o regime jurídico de seus membros têm como parâmetro o Poder Judiciário (art. 73, *caput*, parte final, e §§ 3º e 4º, CR), inclusive com a previsão de um Ministério Público especial atuando junto à Corte (art. 130, CR), característica única e não verificada em nenhum outro órgão do Estado, além do próprio Poder Judiciário. Entretanto, tampouco integram o Poder Judiciário, por escolha própria

5 O STF (2014) flexibilizou tal compreensão e passou considerar que, passados mais de cinco anos desde o recebimento do ato concessivo pelo TC, sem a devida apreciação, embora não seja o caso de decadência, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784, de 1999, passa a ser obrigatória a oitiva do interessado, caso venha a ser detectada alguma irregularidade.

do Constituinte,⁶ embora exerçam, apenas em relação à competência do inciso II do art. 71 da Constituição, parcela da jurisdição.⁷

Por todas essas razões e, também, por ser o órgão por excelência de fiscalização dos gestores públicos, não integram o Poder Executivo e, por conseguinte, a administração pública. Trata-se, como bem asseverado por Pontes de Miranda, de um órgão *sui generis* do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, “criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da repartição” (1973, p. 248). À luz do texto constitucional de 1946, destaca que “no plano material era corpo judiciário, no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional” (MIRANDA, 1973, p. 248). Com razão, no ponto, Ayres Britto, ao asseverar que se trata de instituição autônoma e independente, não pertencente a nenhum dos três Poderes, tal como o Ministério Público (2005, p. 2).

De igual modo, não é possível caracterizar os processos de contas especificamente como administrativos, jurisdicionais ou legislativos porque possuem ontologia própria (BRITTO, 2005). Uma de suas peculiaridades consiste na denominada tridimensionalidade, cujas dimensões são a política, a indenizatória e a sancionatória (CAVALCANTI, 1999).

Em sua dimensão de natureza política o processo de contas proporciona a realização do ideal republicano de informar o povo quanto à gestão pública, por ser assegurado constitucionalmente o direito de a sociedade conhecer como se deu a utilização dos recursos públicos. Aqui temos como destinatário principal do processo a coletividade e apenas de forma secundária o gestor. Na dimensão de natureza indenizatória almeja-se a reparação pelo prejuízo causado ao erário, sendo possível alcançar até os sucessores, na medida do patrimônio transferido (art. 5º, XLV, da CR). Por fim, em sua dimensão sancionatória, são aplicadas as sanções pela má gestão, cuja sede está em seu artigo 71, inciso VIII, da Constituição da República.

A Constituição autoriza a aplicação de diversas sanções em caso de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas, não restritas apenas às multas. Ocorre que para o exame da legalidade de despesa ou da regularidade de contas é imprescindível que o gestor público forneça ao controle externo todas as informações indispensáveis à sua atuação. Isto é decorrência lógica do princípio da prestação de contas, cuja inobservância autoriza até a excepcional intervenção de um ente federativo em outro (arts. 34, inc. VII, “d”, e 35, inc. II, da CR). O parágrafo único do artigo 70 e o artigo 75 do texto constitucional estabelecem claramente o dever de prestar contas para qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União, Estados, Distrito Federal e Municípios respondam, ou que, em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária. Disso decorrem os dispositivos dos artigos 113 da Lei n. 8.666/93⁸ e 93 do Decreto-lei n. 200/67⁹, que exigem dos gestores públicos a demonstração da legalidade e da regularidade das despesas e execução, bem como a justificativa do bom e regular emprego dos recursos públicos.

6 Em Portugal, o Tribunal de Contas integra o Poder Judiciário (art. 209.1, c).

7 “Duas exceções admite a Constituição ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa. A primeira diz respeito aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, quando conexos com os desse, e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O seu julgamento competirá ao Congresso. A segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuído ao Tribunal de Contas” (FAGUNDES, 2005, p. 167).

8 Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

9 Art. 93. Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.

Desta forma, há amparo constitucional na previsão em lei de multa a ser aplicada em face de gestor público que, por exemplo, não atenda regularmente às obrigações ínsitas ao dever de prestar contas, dentre as quais a de prestar tempestivamente as informações cobradas pelos órgãos de controle externo, dentre várias outras previstas em lei. Nesta toada, temos a previsão legal de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, nos artigos 57 e seguintes da Lei federal n. 8.443/1992, e pelos demais Tribunais de Contas do Brasil, em suas respectivas leis orgânicas, que delimitam expressamente a conduta, o valor da penalidade e seus parâmetros de aplicação.

O rol de competências estabelecido pelo constituinte originário não pode ser mitigado pelo legislador infraconstitucional. No entanto, é possível – e até recomendável – a ampliação de suas competências, por meio de lei, para que as Cortes de Contas possam melhor cumprir seu papel constitucional. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal reconhece, por exemplo, a despeito da inexistência de previsão expressa na Constituição, o poder geral de cautela dos Tribunais de Contas (2004). Outro exemplo de competência não prevista na Constituição, mas que vai ao encontro do ideal de propiciar a essas Cortes os instrumentos necessários para a sua atuação, são as consultas, cuja previsão está consignada no artigo 1º, inciso XVII, da Lei n. 8.443/1992. Com efeito, “desde que respeitados os limites da competência *ratione materiae*, é possível alargar as atribuições das Cortes de Contas, em ordem a que possam melhor desempenhar suas funções” (FERRAZ, 2002, p. 4).

Destarte, definida a possibilidade de os Tribunais de Contas aplicarem multas aos seus jurisdicionados, na forma da lei, surge a questão relacionada ao prazo para atuação das Cortes. A Constituição estabelece, em caráter excepcional, a possibilidade de penas ou pretensões imprescritíveis, como ocorre claramente nos casos de racismo e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLII e XLIV, da CR), bem como, não sem controvérsias¹⁰, no caso de ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário (art. 37, § 5º, da CR).

É insustentável, portanto, afirmar que, por ausência de regra expressa a definir um prazo para atuar, seria admissível a aplicação de penalidades a qualquer tempo, posto que isto equivaleria a instituir penas imprescritíveis sem qualquer amparo no texto constitucional. Quanto a este aspecto – da necessidade de delimitação de um prazo prescricional – não divergem o TCU e o STF. A questão que surge consiste justamente em definir, diante de lacuna normativa, qual o regime jurídico aplicável aos casos prescrição relacionados ao exercício da competência sancionatória pelos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal debruçaram-se sobre o tema recentemente. Antes de analisar tais entendimentos, convém aprofundar, no plano teórico, o conceito de prescrição e suas regras gerais.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O FENÔMENO DA PRESCRIÇÃO

O tempo cronológico tem considerável importância no mundo jurídico. Os institutos jurídicos da prescrição e da decadência são fundamentais em qualquer sistema jurídico, na medida em asseguram tranquilidade na ordem jurídica, afinal, *dormientibus non succurrit jus*, isto é, o direito não socorre aos que dormem. A duração dos efeitos, a perda e aquisição dos direitos dependem, muitas vezes, de seu transcurso; afinal, o Direito, enquanto ferramenta destinada a garantir paz e estabilidade no convívio social, necessita consolidar determinadas situações de modo a garantir segurança no relacionamento negocial entre os sujeitos de direito.

¹⁰ Recentemente, o STF entendeu que a regra do art. 37, § 5º, da CR, não alcança os fatos lícitos, definindo a tese de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (2016b).

Na teoria dos fatos jurídicos, os institutos da prescrição e da decadência são enquadrados dentro da categoria dos atos-fatos jurídicos, pois o suporte fático de ambos é constituído de forma semelhante, conjugando a inação (=inércia) do titular da pretensão em exercê-la durante certo lapso de tempo, definido pelo sistema jurídico. Ou seja, diante do resultado (transcurso do tempo definido em lei ou contrato), abstrai-se qualquer relevância do elemento volitivo em sua origem, não importando o motivo e se houve (ou não) vontade de não tomar nenhuma providência dentro do prazo cominado, o que interessa é a consumação do lapso temporal previsto e os efeitos daí decorrentes.

Tradicionalmente a doutrina costuma distinguir os institutos da prescrição e da decadência levando em consideração os efeitos que produzem em determinada relação jurídica. Nada obstante, tal opção não apresenta uma verdadeira distinção substancial entre eles, razão pela qual merece destaque a contribuição doutrinária de Agnelo Amorim Filho (1997), que leva em consideração as diferentes categorias de direitos subjetivos para distinguir os conceitos, distanciando-se da clássica discussão acerca da diferenciação entre direito e ação, enquanto elementos de uma relação jurídica.

Para o referido autor, estariam sujeitos à prescrição somente os direitos que ensejassem ações de natureza condenatória, ou seja, aquelas em que se pretende a imposição ao cumprimento de uma prestação, pois a “prescrição é a extinção da pretensão à prestação devida” (GONÇALVES, 2007, p. 468). De fato, os direitos prestacionais dependem de ato do sujeito passivo, logo estão sujeitos ao inadimplemento (=violação pretensão) e as ações de natureza condenatórias são o meio através do qual se protegem judicialmente os direitos que irradiam pretensões.

Já o emprego da decadência dependeria de direitos potestativos, vale dizer, direitos sem pretensão ou direitos sem prestação, insuscetíveis de violação, que costumam dar origem a ações de natureza constitutiva ou desconstitutiva (GONÇALVES, 2007, p. 468). Enquanto nos direitos a uma prestação o titular depende da cooperação do sujeito passivo para exercer seu direito subjetivo, “nos direitos potestativos, esse exercício independe de qualquer ato do sujeito passivo na medida em que não há prestação a ser por este cumprida” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 227).

Via de regra, de modo impreciso e sem rigor técnico, os doutrinadores em geral apenas ressaltavam que a prescrição implicaria perecimento do “direito de ação” enquanto que da decadência resultaria o perecimento do próprio direito. Para Marcos Bernardes de Mello (2007, p. 138), no entanto:

Os atos-fatos da *decadência*, terminologia adotada pelo Código Civil em lugar de *caducidade*, e da *prescrição*, embora se assemelhem em razão da circunstância de terem suportes fáticos com a mesma configuração: inação do titular da pretensão e da ação em exercê-las durante um certo lapso de tempo (...) diferem, substancialmente, quanto à eficácia jurídica, a saber: (a) A decadência tem efeito extintivo sobre o direito subjetivo, decorrendo daí, a extinção da pretensão e da ação dele derivadas. (...) (b) A prescrição *não extingue* coisa alguma, mas, tão somente, *encobre a eficácia* da pretensão, da ação e/ou exceção geradas pelo direito. Por consequência, o direito subjetivo continua a existir incólume, mas tem encoberta as suas *exigibilidade e impositividade* representadas pela pretensão e pela ação, respectivamente, bem assim a *oponibilidade* da exceção de direito material.

Prestigiando o princípio da operabilidade o legislador do Código Civil vigente tratou de simplificar o modo de distinção entre os institutos, pois enumerou taxativamente todas as hipóteses de prescrição nos arts. 205 e 206 do texto legal, motivo pelo qual, qualquer referência em outro dispositivo do Código será sempre relativa à decadência.

No que concerne aos prazos prescricionais, deve-se também atentar para os dispositivos que disciplinam situações de impedimento, suspensão e interrupção do prazo prescricional antes de sua consumação. O legislador não fez distinção entre os motivos ensejadores do impedimento e da suspensão, que são tratados indistintamente nos arts. 197 a 199. Se o prazo não começou a fluir, e se

verificar uma das situações descritas nos artigos mencionados, tem-se um caso de impedimento. Entretanto, após o início da contagem do prazo dá-se a suspensão, cujas consequências devem ser bem esclarecidas para evitar confusão com as hipóteses de interrupção previstas no art. 202.

Anote-se que os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes. Além disso, só após sua consumação será possível renunciar à prescrição, ou seja, permitir que o credor prossiga exigindo débito cuja pretensão já não tem mais eficácia. Para tanto, o art. 191 estabelece como condição que a renúncia só valerá sendo feita, sem prejuízo de terceiro, não importando a forma de sua manifestação, já que pode se verificar de modo expresso ou tácito, quer dizer, quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição. Importe destacar apenas que a renúncia antecipada não é permitida. A prescrição corre sem ligação subjetiva à titularidade do direito (LÔBO, 2009, p. 344), razão pela qual se iniciada a contagem do prazo contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor (art. 196).

Se é verdade que a prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado, deve-se lembrar que a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros, tampouco prejudica aos demais coobrigados (mas a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador), sendo necessário destacar, na hipótese de solidariedade entre os figurantes do negócio (art. 204), o seguinte: (a) A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros. (b) A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

A solidariedade também opera consequências importantes dentre as causas suspensivas, pois, conforme dispõe o art. 201, suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.

Nas páginas anteriores, tem-se um breve resumo do tratamento conferido à prescrição na Teoria Geral do Direito Privado, empregado, em regra, de modo supletivo pelos demais ramos quando necessário disciplinar situações não previstas expressamente em lei. Esta, inclusive, é a posição adotada no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme veremos a seguir.

4 O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO NO ÂMBITO DO TCU

O Tribunal de Contas da União possuía entendimentos divergentes quanto ao tema da prescrição da pretensão punitiva no âmbito de suas atribuições, diante da ausência de disposição legal acerca da matéria. Eram três as teses suscitadas. A primeira pela *imprescritibilidade* até a superveniência de regra expressa definindo o prazo e seus marcos interruptivos e suspensivos. A segunda era favorável à *aplicação das regras de Direito Público*, dada a natureza das atividades da Corte. A terceira defendia a *aplicação do Código Civil*, cujas disposições, conforme já anotado acima, constituem a regra geral aplicável aos casos de lacuna normativa.

Em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, o TCU (2016) consolidou seu posicionamento no sentido da utilização do prazo prescricional geral previsto no Código Civil (CC), bem como da adoção das respectivas hipóteses interruptivas do seu transcurso. Assim, para a Corte, a pretensão punitiva subordina-se ao prazo geral de prescrição de dez anos, indicado no artigo 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil). Sua contagem ocorre a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do CC.

Além disso, para o TCU, o ato que ordena a citação, a audiência ou oitiva da parte tem o condão de interromper a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 202, inciso I, do CC, cujo prazo deve recomeçar a contar da data do ato que motivou a interrupção, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil.

Ademais, a suspensão da prescrição da pretensão punitiva ocorre, nos termos do referido entendimento, toda vez que a parte apresentar elementos adicionais de defesa ou quando forem necessárias diligências em razão de algum fato novo trazido por ela, não suficientemente documentado nas manifestações processuais. A paralisação da contagem do prazo prescricional ocorreria no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta à diligência. Por fim, entendeu-se que a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU deve ser aferida independentemente de alegação da parte, em cada processo em que haja intenção de aplicação das sanções previstas em sua Lei Orgânica.

Este entendimento vem sendo reiterado pela Corte em diversos julgados recentes, afastando expressamente o regime da prescrição previsto na Lei n. 9.784/1999, que versa sobre o processo administrativo federal (2017a; 2017c). Além do argumento pertinente ao caráter de regra geral atribuído às normas do Código Civil, o TCU também vem recusando a aplicação das normas da Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela administração pública federal, sob o fundamento de que a atividade de controle exercida pelo TCU não se enquadraria como exercício do poder de polícia do Estado, não cabendo, pois, a sua utilização, nem mesmo por analogia (2017b).

Não obstante, a opção adotada pelo TCU tem recebido críticas por parte da doutrina, sob o argumento de que a aplicação de normas de direito privado pelos Tribunais de Contas seria equivocada, diante da autonomia científica do direito administrativo, bem como pela existência de diversas normas de direito público apontando em sentido diverso, adotando o prazo prescricional quinquenal. A seguir abordaremos esse outro entendimento, a começar pelo posicionamento sufragado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

5 A CONCEPÇÃO ADOTADA PELO STF: APLICAÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO PÚBLICO (LEI N. 9.873/1999)

O Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, apreciou mandado de segurança impetrado em face de acórdão do TCU, que aplicou multa pecuniária fundada no art. 58, inciso II, da Lei n. 8.443/1992 (2017a). Na ocasião, a Corte enfrentou pela vez primeira a questão do prazo prescricional para o exercício da competência sancionadora pelo TCU, diante da lacuna normativa observada em sua Lei Orgânica (Lei n. 8.443/1992).¹¹

Ao reconhecer ser praticamente incontroversa a necessidade de limitação temporal do exercício da referida competência, sendo a prescritibilidade a regra em qualquer ramo jurídico, a Primeira Turma do STF, nos termos do voto do Relator, decidiu em favor da aplicação integral da Lei n. 9.873/1999 à prescrição da pretensão sancionatória do TCU, por dois fundamentos.

O primeiro correspondeu à defesa da correta interpretação da referida Lei, para considerá-la como um regulamento geral da ação punitiva da administração pública no exercício do poder administrativo sancionador. Nesta perspectiva, sequer seria necessário fazer o uso da analogia, pois, devidamente interpretada, a norma não seria aplicável nos casos relacionados ao exercício do denominado poder administrativo de polícia (preventivo), mas, sim, do poder administrativo sancionador (repressivo). Para o Relator, as sanções administrativas estão sujeitas, em linhas gerais, a um único regime

¹¹ O acórdão foi aprovado por maioria, nos termos do voto do Relator, Min. Roberto Barroso, acompanhado pela Min. Rosa Weber, vencido o Min. Marco Aurélio e ausente o Min. Luiz Fux. Não obstante, nos termos de sua manifestação, o Min. Marco Aurélio acompanhou o entendimento majoritário em relação à aplicação da Lei n. 9.873/1999, divergindo apenas quanto à interrupção do prazo prescricional, por considerar que o prazo deveria ter fluído até a notificação do responsável para defender-se e não desde a apuração dos fatos, em relação à gestão como um todo, sem a ciência e integração do impetrante à relação processual administrativa que levou à sanção.

jurídico, um estatuto constitucional do poder punitivo estatal, a englobar os princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da segurança jurídica e da irretroatividade, da culpabilidade e da pessoalidade da pena, da individualização da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade. Somou-se a esse argumento a interpretação histórica, ao destacar que a intenção do legislador, apurada na exposição de motivos da medida provisória que resultou na Lei aprovada, demonstrava que a referida regulamentação teria o condão de uniformizar a questão da prescrição no âmbito da administração pública federal.

O segundo fundamento, integrante do voto vencedor, residiu na aplicação analógica da Lei n. 9.873/1999, porque representaria a regulamentação mais adequada ao caso. Aqui o argumento da autonomia científica do direito administrativo é invocado para afastar a possibilidade de se recorrer às normas de direito civil em caso de lacunas. Cita, nesta esteira, diversas normas que têm como referência a adoção do prazo prescricional quinquenal no âmbito do direito administrativo¹². Não obstante, os demais aspectos do regime prescricional, como o início do prazo e os marcos relacionados à interrupção ou suspensão do prazo, além da prescrição intercorrente, por não encontrarem a mesma uniformidade, justificariam, para o Relator, a adoção integral da Lei n. 9.873/1999, em vez de se criar um regime híbrido para tais casos.

Estabelecidas as premissas necessárias quanto à atuação dos Tribunais de Contas no exercício de sua competência sancionatória, as características gerais da prescrição e os entendimentos adotados no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, deve-se passar ao ponto central deste trabalho, atinente aos critérios para superar lacunas normativas no âmbito do direito administrativo, em especial em relação ao regime jurídico da prescrição a ser adotado nas Cortes de Contas.

6 A COLMATAÇÃO DA LACUNA NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO

Inicialmente, é necessário analisar o primeiro argumento suscitado no âmbito do STF de que a Lei n. 9.873/1999 seria aplicável diretamente ao caso e não apenas por analogia. Se acolhida esta tese, não há que se falar em aplicação analógica, nem do Código Civil, nem da própria Lei n. 9.873/1999.

6.1 A impossibilidade de aplicação direta da Lei n. 9.873/1999 aos Tribunais de Contas

Conforme assinalado anteriormente,¹³ os Tribunais de Contas não integram a administração pública. Não são órgão do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, mas instituição autônoma e independente, que tem como parâmetro de organização o Poder Judiciário (art. 73, *caput*, parte final). Destarte, não se poderia aplicar diretamente norma cuja abrangência é restrita à administração pública federal (Poder Executivo) a outros Poderes (Legislativo e Judiciário) ou a órgãos autônomos e independentes, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Além desse aspecto, há outra questão que merece atenção, embora não se pretenda aprofundar no ponto, atinente ao vício de iniciativa de disposições oriundas de iniciativa parlamentar ou do Chefe do Executivo, mas que versem sobre matérias que repercutam diretamente na atuação dos Tribunais de Contas. A jurisprudência pacífica do STF, por interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, inciso II, da Constituição, firmou-se no sentido de que as Cortes de Contas seguem o exemplo dos

12 “[...] Decreto nº 20.910/32, art. 1º; CTN, arts. 168, 173 e 174; Lei nº 6.838/1980, art. 1º; Lei nº 8.112/1990 (“Regime jurídico dos servidores públicos civis federais”), art. 142, I; Lei nº 8.429/1992, art. 23; Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), art. 43; Lei nº 9.783/1999; Lei nº 12.529/2011 (“Lei antitruste”), art. 46; Lei nº 12.846/2013 (“Lei anticorrupção”), art. 25; entre outros.” (BRASIL, 2017a, p. 9).

tribunais judiciários, em relação às garantias de independência, sendo também detentoras de autonomia funcional, administrativa e financeira, disso decorrendo, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento (2017b). Não seria possível, portanto, defender a aplicação direta da Lei n. 9.873/1999, cuja elaboração não teve origem em proposição oriunda de Tribunal de Contas, sob pena de se tratar de norma inválida por vício de iniciativa. Este é, inclusive, um dos argumentos utilizados pelo Procurador-Geral da República para questionar, na ADI n. 5384, a validade das normas mineiras que disciplinaram a prescrição e a decadência no âmbito do TCE/MG.¹⁴

Destarte, resta afastado o argumento relacionado à aplicação direta da Lei n. 9.873/1999, seja por seu âmbito de incidência estar restrito à esfera da administração pública, que não compreende os Tribunais de Contas, seja por se tratar de norma cuja aprovação não decorreu de proposição da própria Corte de Contas, fato que suscitaria o vício de iniciativa. Isto, contudo, não afasta a possibilidade de aplicação da referida norma por analogia, que é o fundamento a ser analisado a seguir.

6.2 Lacuna de regulação e a sua colmatação pela analogia

Há, como visto, um certo consenso em relação à necessidade de delimitação de um prazo prescricional para a atuação dos Tribunais de Contas no exercício de sua competência sancionatória, além de definição do marco inicial de contagem do lapso temporal e de suas causas interruptivas e suspensivas. Não se está, portanto, no denominado “espaço livre de Direito”, mas diante daquilo que Karl Larenz denomina como “lacuna de regulação”, concernente à ausência de regulamentação em conjunto – e não apenas para uma questão específica –, e cuja colmatação é necessária, depreendida do próprio “plano legislativo” da norma (2012, p. 524-528).

De fato, a Constituição dispõe sobre a imprescritibilidade das penalidades sempre de forma excepcional e expressa (v. art. 5º, inc. XLII e XLIV, e 37, § 5º, da CR). Além disso, é inerente à Lei que institui e regulamenta determinada competência punitiva a delimitação dos limites temporais de atuação do órgão legitimado a aplicar a sanção. Em relação ao TCU, a possibilidade de aplicação de penalidades pecuniárias foi instituída nos arts. 56 e segs. de sua Lei Orgânica, (Lei n. 8.443/1992), que não limitou temporalmente essa competência. Neste caso, a “teologia imanente” da Lei, na linguagem de Larenz (2012, p. 531), aponta no sentido da colmatação dessa lacuna¹⁵. Esta lacuna deve ser qualificada como “patente” por ser inferida da própria regulação legal, que deixou a questão do prazo prescricional para a cominação das multas em aberto (LARENZ, 2012, p. 537)¹⁶.

Larenz reconhece a possibilidade de se recorrer à analogia para a integração das “lacunas patentes”, a partir da “transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, <<semelhante>> àquela” (2012, p. 540-541). Para tal processo, a hipótese legal e a hipótese não regulada na lei deverão ser identicamente valoradas, em seus aspectos decisivos, sob fundamento na exigência de justiça, que impõe conferir tratamento igual àquilo que é igual (LARENZ, 2012, p. 541). Por se tratar de semelhança,

13 V. seção 2 supra.

14 No caso, o projeto de lei enviado pelo Tribunal de Contas mineiro versava sobre matéria totalmente diversa da temática relacionada à prescrição e à decadência, inserida no decorrer do processo legislativo mediante emendas e substitutivos apresentados por parlamentares.

15 Não se vislumbra no caso aqui retratado, portanto, uma “lacuna do Direito”, reconhecida, por Larenz (2012, p.533-534), nos casos em que uma lei em particular não está incompleta em relação ao seu plano regulador, mas, sim, a ordem jurídica em seu conjunto, quando o legislador deixa de regular todo um setor ou não prevê um instituto jurídico que deveria ter previsto.

16 Larenz (2012, p. 537) qualifica como “lacuna oculta” a situação em que o legislador estipula uma regra para determinados casos, mas não declara na lei uma restrição, exigida a partir da finalidade da norma (2012, p. 537).

por óbvio, as duas situações de fato não devem ser consideradas idênticas, mas concordantes em alguns aspectos, recorrendo-se aos fins e ideias fundamentais da regulação legal, é dizer, à *ratio legis* (LARENZ, 2012, p. 541-542). Neste contexto, à hipótese não regulamentada do prazo prescricional para aplicação de penalidades pelo Tribunal de Contas, cumpre identificar qual regra deve ser aplicada por analogia (hipótese legal), se aquelas decorrentes do direito privado ou do direito público.

Hartmut Maurer destaca que a aplicação subsidiária de prescrições jurídico-privadas no direito administrativo pode ocorrer por força de declaração expressa do legislador ou por estar fundada na concepção de que existem princípios de direito gerais comuns ao direito público e privado, cujo conteúdo é apenas concretizado pelo Código Civil, a exemplo do princípio da lealdade e da boa-fé (2006, p. 61-63).

Além disso, para Maurer a aplicação dessas prescrições no âmbito do direito público também pode ser fundamentada pela analogia, estabelecendo como pressupostos, para tal finalidade, que “uma prescrição correspondente falte no direito administrativo, a lacuna não possa ser fechada por invocação de prescrições jurídico-públicas e os pressupostos da analogia (semelhança dos fatos em perspectiva jurídico-valorativa) existem” (MAURER, 2006, p. 62-63). Reconhece que tais possibilidades – aplicação com fundamento nos princípios gerais ou por analogia – não são excludentes, existindo frequentemente dificuldades em reconhecer cada hipótese, embora a analogia prevaleça na maioria dos casos (MAURER, 2006, p. 63).

Retomando o caso sob análise, a hipótese legal que melhor se amolda à hipótese não regulamentada do prazo prescricional para o exercício da competência sancionatória pelos Tribunais de Contas deve ser extraída do âmbito do direito público, dada a maior aproximação – semelhança – da situação fática por ele regulamentada. Ademais, seguindo a perspectiva de Maurer, não há que se falar em aplicação analógica das regras de direito privado por existir no âmbito do direito administrativo prescrições jurídico-públicas que podem ser utilizadas para a colmatação da lacuna. Como visto, um dos requisitos estabelecidos por Maurer para a aplicação das prescrições de direito privado no âmbito do direito público consiste justamente na impossibilidade de sua colmatação por invocação de prescrições jurídico-públicas, além da lacuna e da semelhança em perspectiva jurídico-valorativa (MAURER, 2006, p. 62-63). Conforme será demonstrado a seguir, há normas de direito público que permitem a sua aplicação por analogia ao caso estudado, sem a necessidade de se recorrer ao direito privado.

6.3 A aplicação da Lei n. 9.873/1999 aos Tribunais de Contas por analogia *legis*

Parcela da doutrina sustenta, que cada ramo do direito material possui prazo de prescrição específico, dotado, inclusive, de princípios próprios, além de estarem devidamente previstos no direito positivo (BORGES, 2013, p. 8). Assim, as previsões normativas acerca da prescrição provenientes de outros ramos do direito não devem ser aplicadas aos processos em curso nos Tribunais de Contas, tendo em vista que tais normas possuem fundamentos e premissas diversos dos que orientam os processos específicos das Cortes de Contas. Alguns autores sugerem uma ordem para a transposição das normas, observando, inicialmente, as de direito administrativo, direito tributário, direito penal e, apenas excepcionalmente, quando as anteriores silenciarem, as de direito privado (FERNANDES, 2003, p. 563).

A rigor, a Lei de Introdução ao Direito brasileiro prevê, nos casos de lacuna, que a decisão seja pautada pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito (art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/42). Para aplicar-se a analogia é fundamental que os fatos aos quais a mesma regra será aplicada sejam o mais semelhante possível. Neste sentido, é inegável que as relações jurídicas entre os particulares não guardam as mesmas especificidades das relações havidas com o poder público. Os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público, que caracterizam o regime jurídico-administrativo (MELLO, 2003, p. 45-50), embora atualmente mereçam certa revisão (BINENBOJM, 2008, p. 29-33; SUNDFELD, 2012, p. 47; e

JUSTEN FILHO, 2010, p. 62-63), permitem, em linhas gerais, demonstrar algumas das particularidades que caracterizam a relação entre o Estado e o particular.¹⁷ No caso específico da competência sancionatória dos Tribunais de Contas, há o exercício de um dever-poder estatal sobre um gestor público ou responsável – pessoa física ou jurídica, pública ou privada (v. art. 70, parágrafo único, da CR) –, que não se encontra em situação de igualdade com o poder público, diferentemente do que se observa, via de regra, no âmbito do direito privado.

A partir da referida sistematização temos as ideias de posição privilegiada da Administração, a fim de bem assegurar o interesse público, da qual decorrem alguns privilégios, como a presunção de veracidade e de legitimidade dos atos administrativos, benefício de prazos judiciais maiores e prazos especiais para prescrição (MELLO, 2003, p. 60-64). Há, ainda, a posição de supremacia, traduzida na relação de verticalidade nas relações entre os particulares e a Administração, a possibilitar a constituição dos particulares em obrigações por meio de atos unilaterais, bem como a modificação unilateral de relações já estabelecidas (MELLO, 2003, p.60-64).

Da conjugação dessa posição privilegiada com a posição de supremacia resulta, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 60-64), a exigibilidade dos atos administrativos – *droit du préalable* – e, em alguns casos, a excoutoriedade, também denominada de execução de ofício. Por certo, tais prerrogativas não podem ser exercitadas como os particulares exercitam seus direitos, por serem poderes instrumentais ao alcance das finalidades, sem os quais não teria como se desincumbir do dever posto a seu cargo.

Cumprir acentuar, pois, que o regime jurídico administrativo guarda peculiaridades em relação ao regime de direito privado, a atrair, em caso de lacuna normativa, as regras afeiçoadas ao regime público. Neste passo, é no regime de direito público que se deve buscar, por analogia, as normas a serem aplicadas ao problema proposto neste trabalho.

Ademais, entende-se que, por imperativo do princípio da legalidade, que rege com especial densidade as relações jurídico-administrativas, independentemente do prazo prescricional adotado deve-se utilizar o regime jurídico relativo à prescrição por inteiro, inclusive no que se refere às causas de suspensão e interrupção. É dizer, à falta de norma específica, não se pode invocar apenas as normas que estabelecem o prazo prescricional, olvidando-se das outras correlatas que definem suas causas de interrupção e/ou prescrição. Mesclar regimes jurídicos diversos ensejaria, ao final, diante da abundância de normas relacionadas ao tema da prescrição no âmbito administrativo, o exercício indevido da atividade legislativa por via transversa.

Estabelecidas as referidas premissas, entende-se ser mais consentâneo com o regime jurídico aplicável aos Tribunais de Contas a aplicação, por analogia, das normas de direito público. No caso das multas decorrentes do descumprimento de suas determinações ou daquelas em razão da violação de normas legais ou regulamentares, as normas de direito público mais próximas e que regulamentam em todos os aspectos a questão seriam aquelas previstas na Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, que estabelece o prazo de prescrição quinquenal para o exercício de ação punitiva

17 Não obstante as críticas que a caracterização do regime jurídico administrativo a partir da ideia do interesse público possa merecer nos dias atuais, cumpre registrar que o autor dessas ideias, no Brasil, sempre defendeu o interesse público como um conceito jurídico-positivo. É dizer, por ser um conceito jurídico, a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só poderia ser encontrada no próprio Direito Positivo. Assim, o interesse público não seria a norma, medida ou providência que uma pessoa ou grupo estime que deva ser, mas aquele interesse como tal qualificado em dado sistema normativo (MELLO, 2003, p. 58-60). Nesta senda, a referida ideia não conflita, mas, ao contrário, caminha ao encontro da imperiosa proteção dos direitos fundamentais que caracteriza nossa Constituição. Noutras palavras, a ideia de interesse público não se sobrepõe aos direitos fundamentais, mas o interesse público deve ser resguardado tendo em mente a proteção de tais direitos.

pela administração pública federal.

Importante asseverar que, no âmbito do direito público, diversas normas tomam como parâmetro o prazo de cinco anos para fins de prescrição ou decadência. É o caso, por exemplo, do Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que prevê a prescrição quinquenal relativa às dívidas do poder público; da prescrição quinquenal para aplicar as sanções por improbidade administrativa previstas na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; e do prazo decadencial de cinco anos para a administração anular seus atos, nos termos da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, dentre várias outras.

A propósito da utilização do referido prazo, o Supremo Tribunal Federal (2011), ao apreciar a necessidade de instaurar o contraditório e a ampla defesa no âmbito dos processos relativos ao exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, considerou o lapso de cinco anos como um prazo médio razoável para a atuação dos Tribunais de Contas.

A utilização da Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, no caso das multas aplicadas pelos Tribunais de Contas é adequada não apenas por estabelecer o prazo de cinco anos em consonância com diversas outras normas de direito público, mas por tratar especificamente das hipóteses de prescrição da ação punitiva, relativa ao prazo para apuração da infração cometida, inclusive da prescrição intercorrente, nos seus artigos 1º e 2º, bem como do prazo de prescrição da ação executória, pertinente ao tempo hábil para o ajuizamento da respectiva ação voltada à execução da dívida, em seus artigos 1ª-A e 2ª-A.

Tal disciplina guarda incomum compatibilidade com a realidade dos Tribunais de Contas, que precisam ter a definição clara de um prazo para apurar as infrações eventualmente cometidas pelos seus jurisdicionados e de outro prazo para o momento posterior, quando apurada a infração e aplicada a penalidade, o jurisdicionado não adimple espontaneamente a obrigação. É dizer, neste segundo caso, um prazo para que a Corte providencie a execução judicial das multas aplicadas aos responsáveis e não pagas.

Outra razão em prol da aplicação referida lei consiste na previsão que faz, também, em relação às causas de interrupção e de suspensão do prazo prescricional, imprescindíveis para a racionalidade da contagem do lapso temporal, além de regras específica tratando da denominada prescrição intercorrente, inexistentes no âmbito do Código Civil.

Destarte, são aplicáveis, por analogia, aos Tribunais de Contas, com as devidas adaptações, as disposições da Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, tratando-se, pois, de uma “analogia legis” ou “analogia particular”, conforme ensina Larenz, por tratar-se da aplicação de uma norma legal particular a uma situação fática por ela não regulamentada, dada a semelhança entre a hipótese legal e a hipótese não regulamentada (LARENZ, 2012, p. 544).

6.4 Análise prática da aplicação da Lei n. 9.873/1999 aos Tribunais de Contas

A fim de adaptar as referidas regras à realidade dos Tribunais de Contas, temos que o marco que caracteriza o crédito decorrente de multa como devidamente constituído é o da decisão final de que ela resultar. A partir do decurso do prazo recursal já há a possibilidade de ajuizamento de ação de execução, dada a eficácia de título executivo da qual são dotadas todas as deliberações das Cortes de Contas, por força do § 3º do art. 71 da Constituição. Despicienda, portanto, a inscrição das multas aplicadas por Tribunais de Contas na dívida ativa, senão para fins de controle, posto que já dotadas de força executiva.

Desta forma, antes da decisão final do Tribunal temos o prazo prescricional para a ação punitiva, voltado à apuração da infração, que se inicia a partir da data da prática do ato ou no dia em que cessar, se for infração permanente ou continuada (art. 1º). Após a decisão final da Corte tem início o

prazo prescricional para o ajuizamento da ação executória (art. 1º-A). Os dois prazos são quinquenais. Neste ínterim, há a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente, em caso de paralisação do feito por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente desta paralisação (art. 1ª, § 1º). São aplicáveis, ademais, as regras referentes à interrupção e suspensão da prescrição (arts. 2º, 2º-A e 3º), tais como as que estabelecem a interrupção da prescrição pela notificação ou citação do responsável, ou pela prática de qualquer ato inequívoco que importe a apuração do fato.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do transcurso do tempo no âmbito das Cortes de Contas vem suscitando várias controvérsias, em razão da ausência, em diversos Tribunais, de normas que disciplinem especificamente o regime jurídico da prescrição em seu âmbito. O STF já teve a oportunidade de se manifestar, em alguns casos, em relação aos efeitos da inércia dos Tribunais de Contas no exercício de seu mister, tanto em hipóteses em que havia norma expressa definindo prazos para atuação, quanto noutras situações em que tal previsão era inexistente. Há, ainda, outras demandas em trâmite sobre o tema.

Neste trabalho o objetivo consistiu especificamente em definir a questão relacionada à submissão da competência sancionatória dos Tribunais de Contas a algum prazo prescricional, nos casos em que não existe norma expressa disciplinando a situação, como ocorre no âmbito do Tribunal de Contas da União.

A competência para aplicar sanções é prevista pela Constituição e os TCs, via de regra, possuem em suas leis orgânicas a tipificação de condutas sujeitas a penalidades pecuniárias. Não se observa com a mesma frequência, no entanto, a previsão expressa de prazo para a atuação do órgão de fiscalização. Compreender que tal omissão autorizaria a atuação a qualquer tempo redundaria em considerar como imprescritíveis a cominação e a execução das multas, em descompasso com o texto constitucional.

Considerando as peculiaridades do regime jurídico-administrativo, pautado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade, pela Administração, do interesse público, que o diferencia do regime de direito privado, conclui-se que se deve aplicar, por analogia *legis*, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, as regras do direito público.

Destarte, a cominação de multa pelos Tribunais de Contas está sujeita ao prazo prescricional quinquenal, lapso este considerado por diversas normas de direito público e pelo próprio Supremo Tribunal Federal como um prazo razoável para a atuação do controle externo.

Pelas peculiaridades da atuação sancionatória pelos Tribunais de Contas, em especial pela necessidade de se estabelecer um marco temporal para a atuação do controle externo, a contar da ocorrência das condutas ilícitas tipificadas em lei, e outro prazo para a execução do crédito decorrente da multa, além de se estabelecer critérios para a contagem da prescrição intercorrente, tem-se na Lei n. 9.873/99 o marco legal mais adequado para aplicação da prescrição, no que for cabível, aos processos de contas voltados à cominação de penalidade pecuniária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança n. 32201. Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, 21 mar. 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 ago. 2017a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 4418. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, Tribunal Pleno, 15 dez. 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 mar. 2017b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 3077. Relatora Min. Carmen Lúcia. Brasília, Pleno, 16 nov. 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 21 nov. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso extraordinário n. 636886 RG. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, Plenário Virtual, 02 jun. 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 jun. 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário n. 669069. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, Tribunal Pleno, 3 fev. 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 abr. 2016c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nos segundos embargos de declaração no mandado de segurança n. 25116. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, Tribunal Pleno, 22 maio 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília, Pleno, 30 maio 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança n. 24510. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, Tribunal Pleno, 19 nov. 2003. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 mar. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1781/2017. Relator Min. José Múcio Monteiro, Plenário, 16 ago. 2017a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 851/2017. Relator Min. Aroldo Cedraz, Plenário, 3 maio 2017b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 374/2017. Relator Min. Bruno Dantas. Brasília, Plenário, 8 mar. 2017c.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1441 no incidente de uniformização de jurisprudência do processo 030.926/2015-7. Relator Min. Benjamim Zymler. Brasília, Pleno, 8 jun. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Maria Cecília. Algumas reflexões acerca do princípio da segurança jurídica no exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas diante das dificuldades decorrentes do volume processual e ineficiência – Inaplicabilidade da prescrição e da decadência e apresentação de alternativas para racionalização administrativa e razoável duração dos processos nas Cortes de Contas. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 47, jan. 2005.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 81, p. 17-27, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1122>>. Acesso em: 14 set. 2016.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizada por Gustavo Binenbojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, J. U. Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas – competência normativa e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de dez. de 2014.

FILHO, Agnelo Amorim. Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as

ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 744, p. 725-50, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. I, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. 14. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão na Tomada de Contas Especial n. 896442. Relator Cons. Gilberto Diniz. Belo Horizonte, Segunda Câmara, 9 nov. 2017. *Diário Oficial de Contas*, 29 nov. 2017a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão na Denúncia n. 694442. Relator Cons. Sebastião Helvecio. Belo Horizonte, Primeira Câmara, 31 out. 2017. *Diário Oficial de Contas*, 20 nov. 2017b.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2ªed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

Recebido em: 27/04/2017

Aprovado em: 09/01/2018

Como citar este artigo (ABNT):

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do transcurso do tempo e a polêmica sobre a prescrição das multas nos Tribunais de Contas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.47- 62, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: PARÂMETROS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS COM ENFOQUE NA CALENDARIZAÇÃO SUSTENTÁVEL¹

PROCEDURAL TRADING: LEGAL AND DOCTRINE PARAMETERS WITH A FOCUS ON SUSTAINABLE SCHEDULE

Magno Federici Gomes ²

Camilla Botrel Calixto ³

Vinicius Moreira Diniz ⁴

RESUMO: O artigo analisa os parâmetros legais e doutrinários da negociação processual, incorporada com maior extensão ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), compreendendo sua união junto às formas jurisdicionais tradicionais de solução de conflitos. O foco, entretanto, direciona-se aos negócios regulamentados como calendarização sustentável, espécie que possibilita a criação de uma agenda com definição de datas para a prática de determinados atos processuais, garantindo, assim, a aplicação da dimensão jurídico-política da sustentabilidade. Portanto, utilizando o método teórico-documental e a técnica dedutiva, conclui-se que os acordos permitem maior participação às partes, eficiência e celeridade nos procedimentos perante o Poder Judiciário.

Palavras-chave: CPC/2015; acordo processual; negociação processual; calendarização sustentável.

ABSTRACT: This study analyses the legal and doctrinal parameters of procedural trading, which was brought up into the Brazilian legal system by Civil Procedure Code 2015, understanding its incorporation to the traditional jurisdictional modalities of conflict resolution. The focus, however, will be directed to the trading regulated as sustainable schedule, institute that enables you to create a calendar, which contains the dates to perform certain procedural acts, which ensures the application of sustainability legal and political dimension. Therefore, through *theoretical*-documentary method and deductive technique, one may conclude that the trading allows a greater participation of the parties, efficiency and swiftness in the procedural lawsuit.

Keywords: New CPC; plea bargain; procedural trading; sustainable schedule.

1 Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): REGA, NEGESP e CEDIS (FCT-PT).

2 Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa/Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto/Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas. Advogado. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA.

3 Pós-graduada em Direito de Empresa e graduada em Direito e em Relações Internacionais pela PUC Minas. Advogada.

4 Graduado em Direito pela PUC Minas. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A negociação processual, instituto introduzido de forma mais abrangente no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), tem como essência o diálogo entre as partes e litisconsortes, a fim de lhes permitir a avença de um acordo sobre o procedimento a ser seguido em uma ação futura ou em curso.

O objetivo deste trabalho, portanto, é compreender como ocorrerão os acordos procedimentais no âmbito judicial, de maneira focada na calendarização processual, destacando, ainda, suas principais características, finalidades, bem como sua relação direta com o princípio da sustentabilidade.

Por sua vez, o problema que se pretende responder é qual ou quais são as vantagens que a negociação processual apresentará às partes.

Por isso, necessário se faz, em primeiro lugar, tecer algumas considerações a respeito do acréscimo da autonomia privada dos sujeitos processuais por meio da união da natureza contratual com a processual, ou seja, das técnicas alternativas de resolução de conflitos em conjunto àquelas tradicionalmente utilizadas no Poder Judiciário.

Posteriormente, percebendo que os negócios processuais pertencem a categoria de fato jurídico, impera-se considerar alguns limites à sua realização, os quais se consolidam por meio dos pressupostos de existência, de validade e de eficácia.

Mostra-se, ainda, indispensável para a compreensão do tema, a conceituação e diferenciação entre negociação processual típica e atípica, analisando de maneira ímpar as normas relativas à calendarização, espécie de acordo processual por meio da qual será possível a delimitação de um calendário com datas em que deverão ser praticados determinados atos.

Por fim, utilizando-se do método teórico-documental e da técnica dedutiva, em conjunto a realização de uma pesquisa bibliográfica e por meio de uma análise qualitativa dos dados, tratar-se-á acerca da adequação do princípio da sustentabilidade, sob a ótica de sua dimensão jurídico-política, no âmbito processual, por intermédio da calendarização.

Tem-se nesses modelos de contratos em geral uma importante inovação, além de grande relevância prática e teórica do tema no cenário processual atual, em virtude da constante busca pelo aprimoramento dos meios de solução do litígio.

2 A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

O capítulo, inicialmente, aborda a relação do regramento instrumental brasileiro vigente com aquele que foi revogado, enquanto foca no tema da negociação processual, demonstrando a influência da autonomia das partes em sua concretização.

Adiante, delimita-se o fundamento e os limites de uma avença processual, bem como diferencia-se aquelas que são típicas das não delimitadas em lei.

A Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015), é a primeira regra processual na história do Direito brasileiro a ser promulgada de forma totalmente democrática, possuindo em seu bojo características inerentes a esse regime de governo (SIQUEIRA, 2014, internet).

E em razão da própria essência democrática, o CPC/2015 segue o modelo multiportas, o qual se mostra adepto a união de soluções jurisdicionais tradicionais aos meios alternativos de resolução dos litígios, alinhando-se a uma tendência inovadora que privilegia mecanismos variados de resolução de demandas (THEODORO JUNIOR *et al*, 2015, p. 241).

Assim, percebe-se nos arts. 165, 167, 319, inciso VII⁵, entre tantos outros, do CPC/2015, uma primazia pela autocomposição, seja a conciliação, mediação e/ou arbitragem.

Nesse sentido, comparando o CPC/1973 com o atual, percebe-se que o legislador infraconstitucional decidiu abdicar do caráter confrontador entre as partes e trouxe princípios e procedimentos com o intuito de consolidar uma comparticipação⁶ entre os sujeitos processuais, privilegiando a cooperação em busca de um provimento final.

Dessa forma, com forte influência na autonomia privada, tem-se que as partes devem conjuntamente, mas de maneira individualizada, buscar meios ou formas que lhes auxiliem na resolução de suas disputas.

Nos dizeres de Theodoro Júnior e outros (2015, p. 260): “[...] há de se admitir a cooperação das pessoas interessadas que as atribua uma função de ativa no processo com as respectivas faculdades e esferas de livre disposição, inclusive com impactos para o juiz”.

Com esse fundamento, a recente regulamentação processual beneficia as partes com uma nova modalidade de flexibilização do procedimento – não tão inédita no ordenamento jurídico brasileiro⁷ –, o que as permite promover um acordo processual em conformidade com as normas dispostas nos arts. 190 e 191, do CPC/2015 (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 257).

Com a normatização do “contrato processual”⁸, o CPC/2015 une duas formas, aparentemente, dicotômicas e inconciliáveis, “a de contrato (que parte do acordo) e a de processo (que parte do desacordo), ou, como preferimos, de comportamentos não cooperativos” (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 259-260).

No mesmo sentido, vide comentários de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.524-525):

Na base dessa ideia está a conclusão de que o fato de o processo ter natureza muito distante da contratual e de a atividade jurisdicional assentar raízes em pressupostos muito diversos da convenção das partes não implica supor que sejam inadmissíveis acordos em relação a certos atos processuais (MARINONI;ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 524-525).

À vista disso, necessário destacar que, mesmo falsamente discordante, a união das naturezas contratuais e processuais, consolidando a negociação processual, não impede que essa seja efetivamente realizada, desde que em relação a determinados atos.

5 Art. 165 do CPC/2015. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. [...] Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. [...] Art. 319 do CPC/2015. A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (BRASIL, 2015).

6 Art. 6o do CPC/2015. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (BRASIL, 2015).

7 Sem dúvida já havia institutos no CPC/1973 que permitiam eventuais tratativas para o desenvolvimento processual, sejam: acordo de eleição de foro (art. 111); convenção sobre prazos dilatatórios (art. 181); convenção para suspensão do processo (art. 265, II e 792); convenção sobre a distribuição do ônus da prova (333, parágrafo único); acordo em audiência (arts. 447 a 449) e, entre tantos outros, acordo de partilha (art. 1031). Para mais esclarecimentos, ver: CUNHA (2014, internet).

8 “Deve-se entender por esta expressão todos os acordos realizados na pendência de um processo judicial que disciplinam o modo como o magistrado deverá conduzir a tramitação da causa, visando sempre a prestação da tutela jurisdicional (MARINONI;ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 524).

Assim, verifica-se que, apesar das mesmas bases teóricas utilizadas para a criação dos meios alternativos de solução dos litígios⁹, “o acordo processual não visa solucionar o conflito, mas regulamentar nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução, isto é, o exercício da jurisdição” (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 261).

Portanto, cabe aos sujeitos processuais, com base na autonomia privada, convencionar entre si, com fundamento na teoria da comparticipação processual, como se dará o exercício da jurisdição, isto é, escolher a forma em que acreditem ser melhor para a solução de suas demandas, sem a necessidade de homologação judicial¹⁰. Leia-se:

Não se trata de negócio jurídico sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo. São negócios que derogam normas processuais (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 381).

Tendo em vista a importância da temática, necessário se faz esclarecer os requisitos para a sua efetivação, isto é, apontar os pressupostos de existência, de validade e de eficácia dos contratos processuais, eis que, apesar do considerável aumento da autonomia das partes no âmbito processual, não há permissão absoluta à elas para dispor sobre as regras a serem adotadas ao longo do processo.

2.1 Os pressupostos e limites do acordo processual

O acordo processual está sujeito à teoria do fato jurídico, até por se tratar de uma espécie de *negócio jurídico*, e, por isso, deve-se atentar a três planos que irão influenciá-lo: o da existência¹¹, o da validade¹² e o da eficácia¹³.

Conforme Redondo (2013, p. 24), o plano da existência atua como um pressuposto basilar e fundamental para os demais¹⁴, isto é, *existindo* um negócio jurídico, particularmente um negócio jurídico processual, ele mesmo “pode ser válido e eficaz, válido e ineficaz e inválido e eficaz” (NOGUEIRA, 2011, p. 160), cabendo diversas variações destes moldes.

Dessa maneira, para existir um acordo haverá a necessidade: da figura do agente; da vontade manifesta; do autorregramento desta¹⁵; do objeto; e da forma prescrita em lei.

Configurados estes elementos, o negócio processual deverá seguir os requisitos da validade, dispostos na norma do art. 104 do Código Civil brasileiro (CC/2002)¹⁶, sendo eles: a capacidade do agente; o objeto lícito, possível e determinável; e a forma não defesa em lei.

9 A influência da autonomia privada, gerando a comparticipação entre as partes.

10 Art. 200 do CPC/2015. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (BRASIL, 2015).

11 Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos (MELLO, 2013, p. 96).

12 Se o fato jurídico existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico) há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não têm qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante (MELLO, 2013, p. 97).

13 O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos, deveres, obrigações, ações e exceções ou os extinguindo (MELLO, 2013, p. 98).

14 Não há como falar em validade e eficácia sem que a existência tenha se consubstanciado.

15 No processo o autorregramento da vontade é bem mais restritivo do que nas relações de direito privado. Em muitos negócios processuais, inclusive, os efeitos já estão todos pré-estabelecidos na norma processual (NOGUEIRA, 2011, p. 163).

16 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002).

Em relação à capacidade do agente, alerta Didier Júnior (2015, p. 385):

[...] é a capacidade processual o requisito de validade exigido para a prática dos negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC/2015 [...]. A observação é importante pois [...] o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 385).

Portanto, deve-se observar tanto a capacidade civil quanto a capacidade postulatória, assim, mesmo o civilmente capaz, mas juridicamente vulnerável, presumir-se-á incapaz, tais como as posições jurídicas do consumidor e do trabalhador, costumeiramente apontadas como vulneráveis frente às empresas e empregadores, respectivamente (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.386).

São também considerados nesse mesmo padrão aqueles que não estejam representados juridicamente¹⁷.

Na mesma perspectiva, afirma Didier Júnior, ratificado pelo enunciado nº 256 do Fórum Permanente de Processualista Civis¹⁸, que a Fazenda Pública também pode celebrar acordo procedimental, não havendo qualquer invalidade, já que, caso esta nulidade ocorresse, recairia sobre o objeto, mas não sobre a capacidade postulante.

Além disso, necessário observar que poderá o Ministério Público celebrar negócios processuais desde que atue na qualidade de parte, em conformidade com o enunciado nº 253, também do Fórum Permanente de Processualista Civis¹⁹, e com a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁰.

Em relação ao objeto, é neste que se encontra a maior dificuldade na dogmática processual em delimitar concepções sólidas para a sua análise. Neste sentido, vide alerta de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 529):

[...] é preciso observar que o processo possui objetivos próprios, perseguidos com base em direitos fundamentais, de modo que permitir acordos processuais indistintamente pode paradoxalmente implicar perda de liberdade para as próprias partes nele envolvidas. Isso quer dizer que o acordo sobre posições processuais não pode ser realizado à custa de renúncia a direitos fundamentais processuais em atenção apenas à vontade das partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 529).

Ora, verifica-se uma limitação ao objeto processual, qual seja, a impossibilidade de renúncia aos direitos fundamentais processuais e constitucionais, por exemplo, não são admissíveis o acordo para modificação de competência absoluta, o acordo para supressão da primeira instância²¹ e nem aqueles firmados com afronta ao direito do contraditório ou da isonomia (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 529).

Da mesma forma, apesar de não haver consenso doutrinário, há que se indagar se possível

17 Enunciado nº 18. (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual) (DIDIER JÚNIOR; BUENO; BASTOS, 2013, p. 435-437).

18 Enunciado nº 256. (art. 191) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais) (DIDIER JÚNIOR, 2014, internet).

19 Enunciado nº 253 – (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. (Grupo: Negócios Processuais) (DIDIER JÚNIOR, 2014, internet).

20 Art. 8º - A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988). (BRASIL, 2014).

21 Enunciado nº 20 – (art. 190): Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância. (Grupo: Negócio Processual) (DIDIER JÚNIOR; BUENO; BASTOS, 2013, p. 435-437).

praticar um acordo procedimental, somente, nas ações em que o direito material é passível de auto-composição ou se é viável a sua aplicação em matérias que não admitam transação.

Inicialmente, necessário ressaltar que se entende, nesse estudo, que a tratativa não está ligada estruturalmente ao objeto litigioso do processo²², já que, apesar de reconhecer que dada convenção acabe afetando o mérito da causa, haverá hipóteses em que mesmo o direito em litígio sendo indisponível, poderá admitir solução por autocomposição. Nesse sentido:

Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.

Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos. Assim, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual” (Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso o texto legal fala em “direito que admita autocomposição” e não “direito indisponível” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 387).

Obviamente que matérias de rol taxativo ou de reserva legal não podem ser objeto do contrato processual. Dessa maneira, não se pode convencionar recurso por negócio processual, muito menos aqueles que tratam sobre o afastamento de regras processuais que visem a proteção de direito indisponível, ou seja, ilícito seria um acordo que vise privar a intimação obrigatória do Ministério Público em uma ação que envolva pessoa incapaz.

No que tange a forma, está claro que se não especificada em lei estará livre para ser estipulada a bel prazer das partes, conquanto, existem casos que há necessidade de forma escrita (foro de eleição e convenção de arbitragem) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 388-389).

Finalmente, deve-se citar que o último plano constitutivo do negócio jurídico, a eficácia, tem como elementos a condição (estado de dependência a um acontecimento futuro); o termo (prazo); o encargo (modo) e as consequências do inadimplemento (juros, multas, perdas e danos), que as partes poderão estabelecer entre si (THEODORO JUNIOR *et al*, 2015, p. 285)²³.

Elucidado o tripé básico para efetiva consolidação de um fato jurídico processual, imperioso notar que o art. 166²⁴, do CC/2002 irá incidir como limitador do acordo em casos de eventuais

22 Entende-se como objeto litigioso do processo – não desconsiderando as diversas posições doutrinárias – o pedido identificado com a causa de pedir, levando em consideração sua abrangência por reconvenção ou pedido contraposto ajuizado pelo réu (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 434-438).

23 Não se desconhece a doutrina de Barbosa Moreira que defende a impossibilidade de aplicação da condição e do termo nos negócios processuais, sob pena de atentar contra a certeza e segurança jurídica no curso do procedimento. Contudo, prefere-se a utilização dos preceitos teóricos apresentados por Greco (2011), já que se considera, apesar do valor cogente da norma processual, nada impedir as partes de ajustarem a suspensão do processo de execução pelo tempo necessário ao pagamento do crédito em prestações mensais ou periódicas (art. 921, inciso V c/c o art. 916, do CPC/2015) ou mesmo a suspensão do processo de conhecimento por, no máximo, 01 ano (art. 313, inciso II, c/c § 4º, do CPC/2015) (GRECO, 2011, p. 727).

24 Art. 166 do CC/2002. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (BRASIL, 2002).

nulidades, bem como será este anulado nas hipóteses de ocorrências de vícios do consentimento, como por exemplo, um negócio processual celebrado em erro ou após coação.

2.2 Negociação processual típica e atípica

Conforme supra mencionado, o CPC/2015 traz a possibilidade de serem realizados negócios processuais, sendo eles classificados em típicos, isto é, aqueles trazidos como hipóteses regulamentadas ao longo do próprio texto legal, e atípicos, cuja possibilidade pode ser vislumbrada através da cláusula geral de negociação processual disposta no art. 190²⁵ do CPC/2015 (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 377).

Segundo Didier Júnior (2015, p. 380), o referido dispositivo é uma cláusula genérica que evidencia a existência do subprincípio da atipicidade da negociação processual, o qual serve como base para a materialização do princípio do respeito ao autorregramento da vontade²⁶ no processo civil.

Assim, tem-se a possibilidade de criação de diversos tipos de acordos processuais não previstos expressamente, os quais podem ter como objeto o ônus processual, as faculdades, deveres e poderes, bem como os seguintes exemplos:

[...] acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas [...] (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 381).

Portanto, percebe-se, a capacidade de serem realizados acordos procedimentais durante todo o processo, e até mesmo em uma fase pré-processual, conforme determinação expressa do art. 190 do CPC/2015²⁷.

Já em relação à negociação processual típica, o CPC/2015, ampliou as hipóteses destas convenções, dentre as quais se encontram os acordos de saneamento (art. 357, §2º e §3º), a redução consensual dos prazos (art. 222, § 1º), os de escolha convencional do perito e a calendarização dos atos processuais, cujo tema será abordado mais afundo no presente artigo.

3 A CALENDARIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

O acordo de calendarização, previsto no art. 191²⁸, do CPC/2015, se difere daquele estipulado

25 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015).

26 No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente seus interesses, de poder definir o que reputa melhor e mais adequado para sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 132).

27 Imperioso notar que mesmo eventuais alegações de que a falta de previsão legal das convenções procedimentais atípicas viabilize, na concepção estatalista, a atuação do magistrado em homologá-las, esbarra-se aqui na regra geral do art. 200 em que prescreve a falta de necessidade deste ato para que o negócio seja imediata e plenamente eficaz (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 291-923).

28 Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário (BRASIL, 2015).

no art. 190²⁹, na medida em que o primeiro dispõe efetivamente sobre a criação de uma agenda, um “acordo de calendarização”, enquanto o segundo faculta a escolha de quais atos procedimentais serão realizados, mas não necessariamente com previsão de datas. Assim, apesar de semelhantes, os institutos tipificados são extremamente distintos.

Dessa maneira, considerando-se tal diferença, é possível realizar uma calendarização, sem acordo de procedimento, ou o inverso, ou seja, a efetivação do calendário com a convenção destes atos, como explica Theodoro Júnior e outros (2015, p. 295).

De acordo com Almeida (2014, p. 214), o negócio calendarizacional deverá ser pautado no diálogo e no consenso, o que levará a uma diminuição das controvérsias processuais e, consequentemente, a uma maior legitimação procedimental, tudo em virtude do aumento da autonomia e participação dos sujeitos processuais na construção do procedimento.

Entretanto, o mesmo autor alerta que o calendário inserido por convenção processual

pode enfrentar o obstáculo cultural da sociedade brasileira e, principalmente da comunidade jurídica, de pouco ativismo por parte dos jurisdicionados e menor propensão à resolução do conflito por decisões consensuais dos litigantes. (ALMEIDA, 2014, p. 214)

A formação do calendário judicial no início do processo possibilita uma maior celeridade ao trâmite da ação, com o estabelecimento de datas para determinados atos e a consequente liberação da intimação para sua prática.

Nesse sentido, interessante o assentamento de Nery Junior e Nery:

é importante ressaltar que, de modo a assegurar a adequada condução do processo, o ideal seria que na ausência de manifestação das partes a respeito na fase de estabilização da lide, o juiz inquirisse as partes a respeito do interesse na negociação do calendário e do procedimento (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 702, grifo dos autores).

Apesar da colocação dos renomados autores (2015), merece consideração o fato de que se o magistrado questionar as partes acerca de um possível negócio processual e a resposta for negativa, a preclusão do instituto irá depender da espécie de negociação. Isto é, caso as partes, posteriormente, apresentem em juízo somente um acordo de procedimentos – conforme a generalização do art. 190 do CPC/2015 – não há que se falar em preclusão, já que é expresso o comando legal de que se pode formular antes ou durante o processo a referida medida, a única limitação plausível é o impacto da mudança nos serviços da secretaria – porém o benefício temporal é tão grandioso que não há como empregar essa escusa.

Entretanto, se os sujeitos processuais, apresentarem apenas a modificação calendarizacional, sem mudanças no procedimento, pode-se falar em preclusão da medida, já que chamadas a se manifestar, as partes recusaram.

Contudo, sabendo-se de eventual preclusão da medida, a solicitação do magistrado para que os sujeitos se manifestem, pode gerar vício da vontade na celebração do acordo, causando sua nulidade, isto é, a parte pode se sentir obrigada a praticar um negócio processual com o medo de perder sua faculdade.

Por isso, é melhor que o juiz, em nenhum momento, inquiria as partes acerca da celebração de

29 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2015).

um negócio processual, mas nada o impede de, na qualidade de conciliador, sugerir uma espécie de acordo procedimental.

Mesmo nas conjecturas apresentadas, inegável é que a calendarização se configura como um meio de redução do tempo em que os autos processuais permaneceriam na secretaria, além de conceder às partes a previsibilidade de sua duração.

Por outro lado, permite-se uma individualização do procedimento, levando em conta as especificidades de cada caso e permitindo adaptações conforme a necessidade. Diante disso, sabe-se que:

o estabelecimento de calendário no início do processo é, pois, eficiente maneira (i) de adequação do rito às idiossincrasias do conflito, em especial ao tempo necessário para a produção de provas; (ii) de enfrentamento da morosidade do processo civil, com a eliminação de tempos mortos, que consomem em alguns casos até 95% do tempo de tramitação total; e (iii) de propiciar maior segurança jurídica, decorrente da elevada previsibilidade da duração do processo neste modelo (ALMEIDA, 2014, p. 209).

Pontua-se que é possível, em eventual fase pré-processual, uma pactuação acerca dos atos procedimentais que, conforme ensinam Theodoro Júnior e outros (2015, p. 299), possibilitará uma inclusão em um instrumento contratual de normas que previamente delimitem questões e circunstâncias relevantes quanto ao desenvolvimento do procedimento³⁰.

Com isso, mesmo na fase pré-processual ou no curso dela, a calendarização não poderá ser imposta às partes, mas sim, deverá ser o resultado do exercício da autonomia privada em conjunto com o controle judicial³¹, isto é, apesar de se levar em consideração a vontade individual, em caso de dano ao processo ou à sua finalidade, ou ao equilíbrio entre os litigantes, é dever do juiz rejeitá-lo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 528).

Ressalta-se que o juiz não poderá rejeitar o acordo em caso de transação dos prazos peremptórios, já que poderão ser negociados em consonância com o art. 222, § 1º, do CPC/2015, desde que eles não sejam majorados. Vide dispositivo legal: “Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes” (BRASIL, 2015).

Celebrado o negócio, este será posto sobre a apreciação jurisdicional do magistrado, lembrando que não cabe a ele homologá-lo, mas checá-lo em virtude das delimitações que possam ocorrer.

Ora, por se tratar de um negócio jurídico entre os sujeitos e que poderá gerar impacto no funcionamento do juízo – pela regra do *pacta sunt servanda*, o calendário do processo deverá ser rigorosamente cumprido, sob as penas nele estipuladas, ou o juiz deverá, no mínimo, avaliar a própria calendarização, já que esta pode gerar um embaraço no funcionamento administrativo do órgão (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 297).

Sem dúvidas, verifica-se que o legislador infraconstitucional sabendo das funções mais amplas da jurisdição, ao permitir uma autonomia privada em questões procedimentais, joga por terra todos os mais elevados fins daquela, menosprezando todos os valores que conformam o Estado e o *iuris dictio*.

Contudo, ressalva-se que o magistrado está amparado (ou limitado) pelos arts. 139, inciso VI; 190, parágrafo único, e 489, §1º, todos do CPC/2015, para controlar a validade das convenções procedimentais por uma decisão fundamentada.

30 Permite, por exemplo, a abertura para os sujeitos fixarem no contrato, em caso de futuro litígio, que a citação ocorra de maneira desformalizada através do e-mail; limitação ao número de testemunhas de cada parte; renúncia da modalidade de execução provisória (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 299).

31 Enunciado nº 299 – (arts. 357, §3º, e 191) O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento) (DIDIER JÚNIOR, 2014, internet).

Por fim, tem-se que o instituto da negociação processual, tentando auxiliar a resolução de conflitos através da possibilidade de mudança da forma de exercício da justiça, consolida maior atuação dos sujeitos processuais, ao contrário do protagonismo judicial antes recorrente no CPC/1973, visando aumentar a eficiência judicial e a velocidade do trâmite das ações.

4 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E A CALENDARIZAÇÃO

A Conferência sobre o ambiente humano realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em Estocolmo, Suécia, no ano de 1972, foi a responsável por “inaugurar” a ideia de sustentabilidade³². Naquela época, contudo, era atrelada à noção de desenvolvimento humano, não estando, conseqüentemente, associada a um valor autônomo.

A reunião foi um marco mundial e como resultado gerou uma Declaração final contendo 19 (dezenove) princípios norteadores de um manifesto ambiental, bem como conscientizou os membros da Assembleia Geral a criar o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016, p. 01).

Além disso, quinze anos após o encontro naquele país escandinavo, em 1987, foram publicadas as conclusões da Comissão Brundtland³³ por meio do relatório “Nosso Futuro Comum” que demonstrou, pela primeira vez, o conceito de desenvolvimento sustentável. Assim:

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades. [...]

Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas (Relatório Brundtland, Nosso Futuro Comum, 1987) (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016, p. 01).

O conceito de sustentabilidade somente foi desvinculado do foco desenvolvimentista em 2002³⁴, ganhando assim autonomia. Nesse sentido, explica Bodnar (2011, p. 329) que o:

conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Jonesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla (BODNAR, 2011, p. 329).

Dessa maneira, entende-se possível a menção de sustentabilidade como um conceito multidisciplinar, complexo, aberto, relacional e não meramente caracterizador de uma forma de progresso estatal, a partir do ano supracitado. Na mesma linha de raciocínio, continua:

32 O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972, p. 01, grifo próprio).

33 Assim nomeada em homenagem a presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Gro Harlem Brundtland (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016, p. 01).

34 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: Bizawu; Gomes, 2016, p. 18-21. E ainda para estudar a teoria do decrescimento para “retorno ao equilíbrio ambiental”, ver: Battezzini; Reginato (2017, p. 62-64).

Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão 'sustentabilidade', ao invés de *desenvolvimento com o qualificativo 'sustentável'*. Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor (BODNAR, 2011, p. 329-330, grifo próprio).

Ora, em razão da importância do conceito, a sustentabilidade adquire uma força jurídica em que deve ser considerada como valor fundamental dos estados constitucionais contemporâneos.

É assim que Canotilho (2010), citando Peter Häberle, afirma ser "tempo de considerar a sustentabilidade como *elemento estrutural típico* do Estado que hoje designamos Estado Constitucional" (HÄBERLE *apud* CANOTILHO, 2010, p. 08, grifo do autor).

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que os vestígios constitucionais da sustentabilidade se encontram, principalmente, nos artigos dispostos em três títulos da Constituição da República de 1988 (CR/1988), quais sejam, Título I – Dos Princípios Fundamentais (art. 3º, inciso IV), Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, inciso VI) e Título VIII – Da Ordem Social (art. 225). Veja-se:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...] IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*
[...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim *assegurar a todos existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...] VI - *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*
[...] Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações* (BRASIL, 1988, grifos próprios).

Dessa forma e tendo em vista estes preceitos normativos constitucionais, Freitas conceitua o princípio da sustentabilidade como:

o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a *responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial*, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2012, p. 41, grifo próprio).

A calendarização processual, como espécie de negócio jurídico típico, possui uma correlação grandiosa com o princípio da sustentabilidade, isto é, o próprio instituto procedimental reforça a ideia de um desenvolvimento sustentável, consolidando a releitura dos ramos jurídicos segundo aquele princípio.

Nesse sentido, ao instituir a responsabilização do Estado e da sociedade pela efetivação do desenvolvimento material, tem-se que o instituto da calendarização se conforma com o cânone da sustentabilidade, especificadamente com a dimensão jurídico-política deste princípio³⁵, sendo ela a que:

35 A sustentabilidade possui um conceito pluridimensional, não se vinculando apenas à preceitos ecológicos-ambientais, mas pertence, também, há dimensões econômicas, éticas, sociais e jurídico-políticas (FREITAS, 2012, p. 55-75). Para aprofundamentos nas dimensões do desenvolvimento sustentável, ver: Gomes; Santos (2016, p. 834-838).

[...] *reflete a disposição para que a sustentabilidade determine, com eficácia direta e imediata, independente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro, e assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão [...] no processo de estipulação [...] do conteúdo intertemporal dos direitos de deveres fundamentais das gerações presentes e futuras* (FREITAS, 2012, p. 67, grifo do autor).

Isto é facilmente percebido por meio da eficácia do negócio processual, ou seja, ao celebrar o acordo de calendarização os sujeitos processuais, em conjunto com o Poder Público (partes e juízes) estipulam benefícios que atingem, não apenas a eles, mas as gerações futuras.

Ora, tem-se como proveito da celebração contratual a celeridade do procedimento da tutela jurisdicional, permitindo melhor gestão processual pelos magistrados e secretarias; a redução de gasto processual com folhas e diligências, já que não haverá intimações; a efetivação do princípio da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC/2015), já que se confia que os sujeitos processuais agirão conforme o estipulado; aumenta-se a credibilidade do Poder Judiciário em razão da celeridade com que os procedimentos tramitarão; garante-se a autonomia das partes como um instituto maior do que o protagonismo judicial, conformando com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

É por meio do benefício à população e, principalmente, ao Poder Judiciário que ele deve se engajar na utilização tanto da celebração contratual – seja uma avença calendarizacional ou mesmo de outras espécies – quanto da concretização de medidas sustentáveis.

Afinal, “é o Poder Judiciário que pode dar vida e significado concreto aos mandamentos normativos constitucionais e internacionais que tutelam o ambiente” (BODNAR, 2009, p. 109), já que meras proposições legislativas pontuais pouco ajudaram na efetivação do princípio, em que pese a sustentabilidade apontar para políticas públicas – o que parece inconsistente – ou para reforma hermenêutica dos ramos jurídicos – o que somente pode ser feito por aquele poder que detém a jurisdição.

Assim, dispõe Canotilho (2010) que o:

princípio da sustentabilidade aponta para a necessidade de novos esquemas de direcção propiciadores de um verdadeiro *Estado de direito ambiental*. Isto implica que, ao lado dos tradicionais esquemas de ordem, permissão e proibição vasados em actos de poder público, se assista ao recurso a diversas formas de “estímulo” destinadas a promover programas de sustentabilidade (CANOTILHO, 2010, p. 10).

Portanto, tem-se que além de inovadora e benéfica para a sociedade, a calendarização se conforma com os mais novos princípios estruturantes do Direito e de um Estado Constitucional Contemporâneo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho buscou-se trazer aspectos no que tange ao instituto da negociação, como um meio alternativo de solução de conflitos aplicado ao processo judicial, a fim de compreender como serão efetivamente materializados os acordos de procedimentos, priorizando a análise da calendarização, contemplada a partir de uma correlação com o princípio da sustentabilidade.

Diante disso, tem-se, inicialmente, que a negociação processual busca uma união das características do contrato e do processo, vistas, aparentemente, como dicotômicas, mas que ao serem analisadas neste contexto, podem trazer aos sujeitos processuais benefícios de flexibilização do procedimento.

O aumento da autonomia das partes é um dos benefícios, cujo alcance ainda sofre indispensáveis restrições pelos pressupostos e limites impostos a tais acordos. Assim, necessário se faz o preenchimento dos requisitos nos planos de existência, da validade e da eficácia.

Nesse sentido cabe, ainda, destacar a discussão apresentada no plano da validade no que diz respeito à possibilidade ou não de se realizar um acordo procedimental em litígios que admitem

solução por autocomposição, diferenciando-se, contudo, daqueles cujos direitos são indisponíveis.

Portanto, pensa-se ser a opção mais aceitável no campo doutrinário o entendimento segundo o qual mesmo em determinada demanda que envolva a discussão de direito material indisponível será admitida a negociação processual, caso seja ela passível de solução por autocomposição.

Ultrapassada esta discussão, é imprescindível a distinção entre negociação típica e atípica. Desta maneira, caracteriza-se como acordo processual típico aqueles trazidos como hipóteses regulamentadas ao longo do texto legal, enquanto os atípicos compreendem a possibilidade de criação de acordos além daqueles dispostos de forma expressa pelo CPC/2015, conforme previsão da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/2015).

No que tange ao acordo de calendarização, forma mais específica da negociação típica, envolve a criação de uma agenda, com previsão de datas para a prática de determinados atos processuais e permite uma maior celeridade e individualização do procedimento.

O instituto, portanto, aliado ao princípio da sustentabilidade, busca dar maior eficácia ao processo por meio do incremento na autonomia das partes, substituindo, parcialmente, o eminente protagonismo judicial que outrora existia.

Percebe-se, portanto, que o princípio da sustentabilidade conforma-se com o instituto da negociação processual, cujos objetivos induzem o próprio Poder Judiciário a adquirir uma postura mais sustentável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 238 f. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7292>. Acesso em: 15 set. 2016.

BATTEZINI, Andy Portella; REGINATO, Karla Cristine. Caminhos alternativos para a sustentabilidade: a contribuição da teoria do decrescimento. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 31, p. 56-65, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=3045>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 11, nº 01, p. 325-343, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262>>. Acesso em: 15 set. 2016.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 06, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19/134>> Acesso em: 18 set. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º dez. 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 27 jan. 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, 11 jan. 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 jan. 2002. Código Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 08, n. 13, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em: 15 set. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos-processuais no processo civil brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%ADcios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao Direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Carta de Belo Horizonte. 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; BASTOS, Antonio Adonias. *II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)*. Carta de Salvador. 2013. Disponível em: <<http://www.emagis.com.br/static/emagis2/arquivos/downloads/carta-de-salvador-congresso-dos-jovens-processualistas-em-salvador-2013-2513519.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2012.

GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 14, n. 1, p. 834-838, jan./jul. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2646>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

GRECO, Leandro. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Quaestio Iuris*, v. 04, n. 01, p. 720-746, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206/7984>>. Acesso em: 13 set. 2016.

MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o Meio Ambiente*. Brasília: ONUBR, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 16 set. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência da ONU no Meio Ambiente*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 18 set. 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro*. 2013. 226 f. Tese (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SIQUEIRA, Carol. Câmara aprova novo Código de Processo Civil; texto retorna ao Senado. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL;-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>>. Acesso em: 05 set. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Qui-
naud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Belo Horizonte: Forense, 2015.

Recebido em: 26/07/2017

Aprovado em: 19/10/2017

Como citar este artigo (ABNT):

GOMES, Magno Federici; CALIXTO, Camilla Botrel; DINIZ, Vinicius Moreira. Negociação processual: parâmetros legais e doutrinários com enfoque na calendarização sustentável. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.63-77, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

MOBILIDADE URBANA ÀS PRAIAS COMO REFLEXO DE UM DIREITO A CIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

URBAN MOBILITY TO THE BEACHES AS A REFLECTION OF A RIGHT TO THE CITY FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

Ana Maria Seixas Pamponet ¹
Milton Silva de Vasconcellos ²

RESUMO: Este artigo, procura analisar a questão da mobilidade urbana às praias para pessoas com deficiência no Município de Salvador. O trabalho reflete uma preocupação acerca da compreensão do alcance significativo trazido pela acessibilidade em sua nova previsão do Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelecendo recorte temático para o acesso às praias, bem público por natureza, porém de muito pouca ou nenhuma acessibilidade para estas populações. Objetiva-se assim analisar a mobilidade urbana para pessoas com deficiência física nas praias de Salvador como concretização de um direito fundamental à cidade, contrapondo tal percepção ao Plano de Revitalização da Orla do município de Salvador. Sob o prisma metodológico, o trabalho foi desenvolvido a partir de fontes de pesquisa bibliográficas e documentais, além de uma argumentação orientada pela lógica do raciocínio qualitativo. Como resultado apresentados, a partir do problema de pesquisa definido bem como os objetivos geral e específicos, concluiu-se que a existência normativa referente a mobilidade urbana para pessoas com deficiência reflete realidade meramente formal destes direitos, prevalecendo assim as praias como espaço público absolutamente inacessível para pessoas com deficiência, apesar das recentes políticas públicas do Município.

Palavras-chave: Direito a cidade; mobilidade urbana; pessoa com deficiência; acesso a praias; urbanização.

SUMMARY: This article seeks to analyze the issue of urban mobility for beaches for people with disabilities in the Municipality of Salvador. The work reflects a concern about the comprehension of the significant reach brought by the accessibility in its new prediction of the Statute of the Person with Disabilities, establishing thematic clipping for the access to beaches, public good by nature, but of little or no accessibility for these populations. The purpose of this study is to analyze the urban mobility for people with physical disabilities on the beaches of Salvador as a concretization of a fundamental right to the city, opposing such perception to the Plan for Revitalization of the City of Salvador. From the methodological point of view, the work was developed from bibliographic and documentary research sources, besides an argument oriented by the logic of qualitative reasoning. As a result of the research problem defined as well as the general and specific objectives, it was concluded that the normative existence referring to urban mobility for people with disabilities reflects a merely formal reality of these rights, thus prevailing beaches as a public space absolutely inaccessible for people with disabilities, despite the recent public policies of the Municipality.

Keywords: Right to the city; urban mobility; disabled person; access to beaches; urbanization.

¹ Pós-doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Coimbra/Portugal. Professora de Metodologia Científica da Faculdade Apoio Unifass/Bahia.

² Mestrando em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL/Bahia. Especialista em Direito Público. Professor de Direito Tributário, Hermenêutica Jurídica da Faculdade Apoio Unifass/Bahia. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Ao se debruçar acerca da compreensão da pessoa com deficiência, por muito tempo prevaleceu a abordagem conhecida como modelo biomédico. Nesse sentido caracteriza-se a pessoa com deficiência a partir de seus caracteres médicos, ou seja, delimita-se o indivíduo deficiente a partir do “seu problema de saúde” e não pelas limitações/desvantagens que este indivíduo deficiente enfrenta. Tal situação remete assim a uma compreensão de que a deficiência é concebida como um problema do indivíduo e não um atributo de sua pessoa.

Tal realidade contudo é alterada com o advento da lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que, consolidando os compromissos firmados pelo Brasil na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, (ratificada pelo Brasil em 2008), vem a estabelecer nova definição superando-se o critério biomédico e adotando como parâmetro uma noção mais ampla, a partir da existência de impedimentos de logo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, possa obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2).

Desdobra-se assim como objeto de pesquisa do presente texto a análise da mobilidade urbana para pessoas com deficiência física na cidade de Salvador como concretização de um direito fundamental à cidade. Reconhecendo-se, contudo, a exagerada amplitude do objeto, delimita-se a ideia para aferir tão somente o direito ao lazer, abordando-se em específico a acessibilidade às praias do município, face o advento da recente política pública municipal que estabeleceu Plano de Revitalização da Orla do município. Como problema de pesquisa, questiona-se como acontece a mobilidade urbana para pessoas com deficiência nas praias da cidade de Salvador, como expressão de um direito à cidade?

Para tanto, o argumento se desenvolve inicialmente as bases teóricas da cidadania por meio de seu desenvolvimento histórico. Em um segundo momento indaga-se da noção de direito a cidade, sua compreensão trazida pela doutrina e de que forma tal noção se relaciona como uma expressão da cidadania e o direito a mobilidade urbana. Em um terceiro momento valora-se a realidade normativa existente correlatas ao tema da mobilidade urbana para pessoas com deficiência, qual seja: o estatuto das Cidades (Lei 10.257/01), Estatuto da Pessoa com deficiência (Lei 13.146/15), a Constituição Federal do Brasil de 1988, a Carta Mundial do direito a Cidade, bem como a Lei 12.587/14 que trata da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Decerto que tal análise restringir-se-á aos pontos de convergência ao objeto de estudo do presente trabalho. Em um terceiro momento, aborda-se os efeitos do capitalismo, mensurando-se para tanto a relação entre baixa acessibilidade para pessoas com deficiência e interesse do capital imobiliário, que explica a existência de “ilhas de acessibilidade” dentro do município.

Por fim, analisa-se o plano de revitalização da orla de salvador enquanto expressão do direito à cidade, destacando-se os efeitos Projeto Para-praia para efetivação da mobilidade urbana de pessoas com deficiência.

Sob o prisma metodológico o presente artigo é consequência de uma pesquisa qualitativa e desenvolve-se por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

2 BASES CONCEITUAIS SOBRE CIDADANIA

O conceito de cidadania no passado era focado na participação na vida política como parte do ideal de democracia. Na sociedade contemporânea, esse conceito passou a ser mais individualista passando a enfatizar mais o aspecto individual ou da autorregulação do que a dimensão coletiva.

Todavia o conceito contemporâneo de cidadania está relacionado com as dimensões cívica e civil, e se situa na esfera dos valores, possuindo dimensões ambivalentes, mantendo ao mesmo tempo as concepções individualista e coletivista. A dimensão civil refere-se à “esfera da vida privada,

denotando maneiras ‘civilizadas’ de comportamento social”, (PETERSEN; LUPTON, 1996, p.73), o que na visão de Reis “esta dimensão corresponde à busca dos direitos dos membros individuais da coletividade” respeitando as relações sociais (REIS, 1994, p.335). A dimensão cívica relacionada à ideia de deveres e obrigações dos cidadãos associa-se à solidariedade pública, no sentido da observância das virtudes cívicas e da identificação com a coletividade.

A partir da perspectiva individualista, observa-se que as qualidades atribuídas ao indivíduo e o status³ de cidadão não nascem com ele, mas são adquiridas, sendo a educação considerada uma condição indispensável para o exercício da cidadania. Na perspectiva coletivista, de acordo com Saviani (1986, p.73), ser cidadão⁴ é “ser sujeito de direitos e deveres [...], estando capacitado a participar da vida da cidade literalmente e, extensivamente, da vida da sociedade, através de diferentes formas e meios, como partidos, sindicatos e associações”.

Este estar “capacitado a participar” implica ter acesso à educação, saúde, transporte, moradia, etc, o que é uma reivindicação social. Adam Smith propôs que o Estado assumisse a responsabilidade sobre a educação pública e gratuita do trabalhador, já que ele está submetido ao embrutecimento da classe. Adam Smith preocupou-se com os efeitos da divisão do trabalho sobre a formação da cidadania (SALM, 1996, p.57).

O conceito de cidadania encontra tradução em outros teóricos e pensadores, tal como Demo (1992, p.17) que define cidadania, como sendo um “[...] processo histórico de conquista popular, através do qual a sociedade adquire, progressivamente, condições de tornar-se sujeito histórico consciente e organizado, com capacidade de conceber e efetivar projeto próprio.”

Assim concebida, a cidadania corresponde a um conjunto de práticas que possui um lado econômico-produtivo, entendido como a capacidade de efetivar projeto de desenvolvimento no plano individual, e um lado participativo, o qual pressupõe a existência da democracia. De fato, a cidadania tem dimensões econômica e civil intrínsecas, tanto quanto social, jurídica e política.

No Estado representativo, a representação individual se dá através da sociedade civil organizada, definida por Aurélio como “um grupo de indivíduos que vivem por vontade própria sob normas comuns. É um contrato consensual pelo qual as pessoas se obrigam a reunir esforços ou recursos para a consecução de um fim comum” (FERREIRA, 1977, p.446). A democracia só se consolida com a participação democrática dos membros de uma sociedade nas decisões políticas, econômicas e sociais, através da formação de sindicatos, associações e partidos. O próprio ato da participação ensina e estimula a participar cada vez mais.

Na sociedade moderna e na vida da cidade, a necessidade da expressão escrita e oral se faz necessária para as ações da vida em comum, aparecendo a educação como importante fator que facilita a integração e a formação efetiva da cidadania; assim a linguagem e o conhecimento são poderosos instrumentos para efetivar a participação no processo produtivo.

Pode-se, também, entender a cidadania “como uma forma de solidariedade baseada no nacionalismo, a qual, no bojo das reformas, está sendo substituída por outros tipos de solidariedade, inclusive a religiosa” (TURNER, 1993, p.177). A cidadania, enquanto conceito desenvolvido, depois da Revolução Francesa, significa uma participação ativa na república, ou um Estado-Nação construído sobre a ideologia do nacionalismo, devendo enfocar a dimensão política, promovendo a participação ativa, colocando o cidadão no centro das discussões sociais exercendo assim seus direitos e deveres através das variadas formas de participação, e que ter o status de cidadão, é ser perante o Estado-

3 Neste sentido, ter o status de cidadão é ser um legítimo portador de obrigações e de direitos civis, políticos e sociais, perante um Estado – Nação (TEIXEIRA, 1987, p.42).

4 Segundo o dicionário Aurélio, “cidadão é o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado” (FERREIRA, 1977, p. 105).

Nação um legítimo portador de deveres e direitos civis, sociais e políticos. É ser um portador de obrigações. O autor considera ainda que ela é:

Um conjunto de práticas (jurídicas, políticas, culturais e econômicas) que definem uma pessoa como um membro efetivo da sociedade, trazendo como consequência o dimensionamento do fluxo de recursos para indivíduos e grupos sociais (TURNER, 1993, p. 177).

Benevides (1994, p.29) aborda a cidadania sob outro enfoque considerando sob duas perspectivas: a Progressista e a Conservadora. Ao discriminar os cidadãos em classes de cidadania, reforça a desigualdade, mas, ao ressaltar a participação social e política, constitui-se no que denomina de cidadania ativa, ou cidadania progressista. Na perspectiva conservadora, ela é clientelista e patrimonialista sendo os direitos considerados como concessões entre Estado e sociedade. Numa segunda visão os Direitos são entendidos como privilégios, ou benesses concedidas pelo Estado a poucos indivíduos, sendo assim denominada por Benevides (1994, p.29), como concedidas ou outorgadas. Essa autora salienta ainda que essas duas concepções levam a implicações na adoção de políticas públicas diferenciadas:

- a. um enfoca o ideal republicano, retratando-o como portador de virtudes, orientado para o mundo público.
- b. o outro concebe a cidadania como concessão de direitos, que vê o cidadão como um consumidor, devendo, assim, refugiar-se no mundo privado (BENEVIDES, 1994, p.29).

Tenório considera que a “pessoa, ao tomar ciência de sua função como sujeito social e não adjunto [...] deve atuar não somente como contribuinte, eleitor, mas com uma presença ativa e solidária nos destinos de sua comunidade” (TENÓRIO, 1998, p.19). Somente a cidadania deliberativa poderia criar uma real sustentação para que ocorressem as inovações necessárias nas políticas públicas. Para o referido autor, os cidadãos agem como “atores políticos responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais” (TENÓRIO, 1998, p.19). Ele discute o conceito de cidadania e sua relação com a gestão social orientada pela racionalidade comunicativa a partir da teoria crítica de Habermas (1984), identificando quatro formas ideais de cidadania: ativa, passiva, pública e privada. Ele considera que a cidadania pode ter diferentes versões, visto que os princípios podem variar de acordo com as diferentes tradições sociais e culturais.

A cidadania ativa aparece fortalecida nos locais onde a cidadania se desenvolveu em meio a conflitos revolucionários por direitos promovendo uma tradição de participação cidadã, sendo considerada sua dimensão cultural. A cidadania passiva é outorgada pelo Estado, sendo considerada como uma forma negativa de cidadania. “A distinção entre público e privado se dá à medida que se enfatiza a superioridade de uma esfera em relação à outra” (TURNER, 1993, p.47).

Reis (1994) afirma que a expressão da cidadania se reduz cada vez que se introduz mecanismos de mercado do modelo privado no espaço público, fazendo ceder lugar as ações que contribuem para reduzir o poder do estado.

Para Weber (1994), nem direitos civis, nem direitos políticos eliminavam as desigualdades econômicas e sociais. Ele acreditava que os direitos de cidadania ocultavam as reais fontes de exclusão social, e que a cidadania era um modo de alienação burguesa, centrando sua análise nas formas legal e política de participação.

Barbalet (1993) considera que a igualdade das pessoas como cidadãos não modifica as relações materiais entre as classes, apenas afeta suas percepções das diferenças existentes entre elas, embora possa melhorar as condições materiais de sobrevivência dentro de uma mesma classe.

Weber (1994) considera que a autonomia das cidades e o aparecimento do Estado-Nação resultaram no desenvolvimento da cidadania enquanto identidade dos habitantes com a sua nação. A

noção de cidadania deve desenvolver uma identidade coletiva e deve estar disposta a juntar esforços para a realização de projetos conjuntos.

Na América Latina a identidade social foi influenciada pelo ideal nacionalista defendido pelo Estado no seu processo de modernização levando a crer na existência de uma “comunidade nacional de interesses”, subordinando a sociedade civil ao discurso populista do Estado-Nação (REIS, 1998, p.22), mas na verdade esse modelo ocultava as desigualdades sociais, e a diversidade de interesses.

A Solidariedade⁵ surge sempre que o Estado-Nação se enfraquece, saindo do modelo de ideal de comunidade nacional de interesses, permitindo a entrada de um novo modelo. O conceito de cidadania reflete o ambiente econômico, político e social, no qual estão embutidos os princípios, liberdade, comunidade e equidade.

Para Parker (1998) a cidadania torna-se um conceito que admite e mantém as desigualdades sociais de classes, mas mantém a igualdade de *status* de cidadão. Considerando o *status* como aquilo que representa a coleção de direitos e deveres conferidos pela autoridade política mais do que nascido do poder econômico ou da posição social.

Marshall (1950) considera que a cidadania corresponde ao *status* outorgado pelo Estado sobre aqueles que são membros plenos de uma comunidade, assim, todos que o possuíssem eram iguais em direitos e deveres com os quais o *status* é adotado. E explica que pertencer a uma comunidade e ser cidadão, não elimina as diferenças de gênero, classes ou crenças, mas para nivelá-lo como membro de uma comunidade ou grupo social necessita de um instrumento regulador que fortaleça a condição básica de cidadania. Assim, a cidadania gera um sentimento de “pertencimento” dentro da comunidade.

Marshall (1950) afirma ainda que a cidadania não é inconsistente com as desigualdades as quais destingem os vários níveis econômicos existentes na sociedade. Ou seja, as desigualdades do sistema de classe são aceitas, dado que a igualdade da cidadania é reconhecida. Assim, a cidadania legitima as desigualdades sociais e ao fazê-lo vai precisar de infraestrutura que lhe dê suporte.

Turner (1993) considera que a cidadania é um conjunto de provisões para neutralizar as consequências das desigualdades negativas de classe no sistema capitalista, e que ela é proveniente dos anos de lutas políticas, da distribuição desigual de recursos como parte de uma história dinâmica distinta da visão normativa e legal.

Pinker (1981) observa que Marshall (1950) estudou as políticas sociais e deu grande contribuição para estudos nessa área. Tinha a visão de que a economia de livre mercado é condição necessária para a criação e melhoria dos direitos sociais, na forma de serviços sociais o que dessa forma contribuiria para a equidade da condição social mais do que para a equidade da renda; ele considerava que a empresa capitalista não era incompatível com as formas civilizadas de políticas sociais, no qual objetivo dos serviços sociais é a abolição da pobreza e não das iniquidades.

Para Marshall (1950, p.9), “fonte original dos direitos sociais era ser membro de comunidades locais e associações funcionais”, mas a cidadania, cuja história ele procurou traçar, é por definição, nacional, estando associada ao Estado-Nação. Então, o conceito de cidadania embute e privilegia valores públicos, não sendo facilmente aplicado às sociedades com diferentes histórias urbanas ou que tenham distintas noções de “público”.

Gyford (1991), seguindo a linha de raciocínio de Turner (1993), considera que para ser cidadão e pertencer a uma comunidade tem que se ter um trabalho, para que haja garantia de bem-estar do trabalhador.

Assim apesar das condições econômicas não serem definidos pelo governo local, eles podem adotar políticas que facilitem a adoção de ações coletivas, mediante a participação popular em projetos que promovam as competências técnicas e políticas, projetos educacionais, de longo alcance,

⁵ Solidariedade-Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses de um grupo social, de uma nação, ou da humanidade.

que apoiem as iniciativas, facilitando a participação da comunidade na administração pública, mais do que esperando que isso aconteça espontaneamente.

Usando novamente a perspectiva de Marshall (1950), a cidadania deve ser estabelecida como um meio de participação “ativa” dos cidadãos na vida em sociedade, sendo um mecanismo de inclusão social, tornando os indivíduos mais ativos assumindo o papel de atores históricos que cumpram seu papel no espaço público de participação política dentro do Estado-Nação. Turner (1993) considera que a cidadania é consequência dos anos de lutas políticas, da distribuição desigual de recursos e como parte de uma dinâmica histórica, tendo, portanto, uma visão distinta, da visão legal e normativa definida por Marshall (1950).

Segundo Porter (1999), as constantes mudanças nas estruturas sociais e econômicas produzidas pela industrialização levaram as mudanças na ideologia, e nas formas de atuação social e luta principalmente no século XX.

A dimensão da cidadania deve focar a dimensão política, trazendo o cidadão para o centro das discussões sociais, promovendo e incentivando a sua participação (cidadania ativa e não passiva) e “exercendo seus direitos e deveres através dos diversos modos de participação” (TURNER, 1993, p.165).

Vale ressaltar que enquanto Turner (1993) alia-se ao modelo do Estado-Gerencial, Marshall (1950), defende o modelo do Estado-Nação e do bem-estar social.

O conceito de cidadania, enquanto “direito a ter direitos, historicamente tem assumido”, variadas interpretações, em função dos diferentes contextos culturais (VIEIRA, 1997, p.22). Nas diversas concepções de cidadania, encontram-se diferentes aspectos, umas enfatizam valores morais, ações voluntárias, autoajuda, focando sobre os deveres, enquanto outras enfocam mais a justiça social, os direitos dos cidadãos e as obrigações do Estado.

3 AFINAL O QUE É “DIREITO À CIDADE?”

Originalmente definido por Henry Lefebvre, na obra-manifesto *Le droit à la ville*, o direito a cidade decorre do repúdio ao determinismo e metafísica do urbanismo modernista, alcançando-se assim a compreensão de que os problemas da sociedade não podem ser todos reduzidos a questões espaciais, mas sim devem considerar aspectos sociais e econômicos que terminam por determinar a alienação e segregação dos cidadãos que se tornam mais objetos que sujeitos do espaço social.

Nesse sentido, mais do que a simples construção de moradias e outros bens materiais, há de se considerar a produção social do Estado, sob a ótica dos cidadãos, superando-se assim a lógica de dominação pela “apropriação”. (LEFEBVRE, 1996, p.158).

Por tal razão, e fundado nas ideias de Lefebvre, Harvey pontua que o direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita a/ou um retorno às cidades tradicionais, mas sim compreendido como um renovado e transformado direito à vida urbana. A liberdade da cidade é para este autor o direito de “mudar a cidade, mais de acordo com o desejo de nossos corações”. (HARVEY, 2014, p. 28).

Dessa forma, ao se considerar a realidade urbana do município de Salvador, em específico acerca do acesso à praia para pessoas com deficiência, constata-se o referido direito a vida urbana é algo muito mais formal do que efetivo, haja vista concebido por meio de políticas de requalificação urbana seletivas e segregacionistas, que potencializam ainda mais as desigualdades sócio espaciais no tecido urbano-metropolitano (SERPA, 2014). O problema aumenta ainda quando valorada a situação dos espaços públicos, onde prevalece a regra da inacessibilidade, reforçando-se assim a segregação e desigualdades sociais que se mostram como reflexos mais aparentes destas localidades.

Acerca do tema, Maricato (2013, p. 1) compreende o direito a cidade por dois prismas, um primeiro acadêmico e um segundo social:

Existe uma resposta acadêmica e também uma resposta de luta social para essa questão. O direito à cidade é um conceito francês que diz que seus moradores devem ter o direito à cidade enquanto festa urbana, ou seja, a cidade que expressa diversidade e que utiliza seus espaços mais valorizados para oferecer lazer, cultura e serviços à população. Acontece que a ocupação desse chamado espaço urbano é alvo de uma eterna luta de classes dentro das cidades. Historicamente, as populações menos favorecidas ocupam as periferias das cidades, onde o direito à cidade é mais negligenciado, pois falta, na maior parte das vezes, infraestrutura e urbanização. (MARICATO, 2013, p. 1).

Por tal razão concebe-se assim a existência de uma “cidade formal”, dotada de grande acesso a bens de consumo coletivo e uma outra cidade, formada por pessoas excluídas e com reduzido ou nenhum acesso aos serviços e equipamentos essenciais, caracterizadas pelas periferias, auto moradias ou situadas em regiões ambientalmente complexas ou frágeis como encostas, dentre outras.

Para o tema objeto do presente texto, contudo (as praias), apresenta-se uma curiosa contradição: ao contrário das regiões excluídas, as praias situam-se também em áreas nobres da cidade, são inseridas portanto no contexto da chamada “cidade formal”, com amplo acesso a bens de consumo de uso coletivo. Porém apesar disso tudo, quando consideradas em seu quesito “acessibilidade” para pessoas com deficiência, tais espaços figuram-se como inacessíveis, de baixa ou nenhuma urbanização, equiparado às regiões de periferia e de latente exclusão social.

4 MAS POR QUE “AS PRAIAS”?

A escolha das praias com objeto de valoração desta análise é explicada pelo fato deste bem público, citado inclusive no texto constitucional e legislação de regência, como “bem público de uso comum do povo” é um espaço inacessível às pessoas com deficiência, frustrando assim todo o discurso trazido pela norma que os considera ainda como bens abertos à livre utilização de todos. Tal característica pressupõe que a utilização (e por via oblíqua, o acesso a tais bens) é destinada de forma indistinta, a qualquer sujeito, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais.

Ao valorar tais aspectos, assim considera a doutrina:

Uso comum é o que se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade.

Trata-se, segundo Miguel S. Marienhoff (1955:620), ‘de um poder que pode ser exercido por todos os homens, por sua só condição de homens – quivis de populo – sem distinção entre nacionais e estrangeiros, e em cujo exercício o usuário permanece sempre anônimo, indeterminado, não individualizado`.

O uso comum tem, em regra, as seguintes características:

1. é aberto a todos ou a uma coletividade de pessoas, para ser exercido anonimamente, em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento expresso e individualizado por parte da Administração” (DI PIETRO, 2015, p. 56)

De tal atributo, decorre que a valoração de sua plenitude (ou não) expressa o nível de efetividade do direito à cidade para pessoas com deficiência. Afinal de que adianta ter direitos se estes expressam apenas mera realidade formal do que veiculam?

Como afirmado alhures, inserem-se as praias como espaço público dentro da “cidade formal”, porém no que diz respeito às pessoas com deficiência e o quesito acessibilidade, tais espaços negam por absoluto o espaço onde se situam, gerando assim uma espécie de “espaço de exceção dentro da cidade formal”.

Em linhas gerais, considera-se “cidade formal” como aquela que obedece a todos os preceitos legais de urbanização e convívio social, enquanto que, em linha de pensamento oposta, a “cidade

informal” é aquela onde tais condições não observadas, como por exemplo os loteamentos clandestinos, favelas e cortiços, locais onde historicamente se instalaram as classes mais desfavorecidas.

A considerar o tema, pontua a doutrina:

A intensificação da dualidade entre cidade formal e cidade informal tem sido uma constante na estrutura das cidades brasileiras (Maricato, 1996). O ritmo do crescimento dos loteamentos irregulares, das favelas e dos cortiços nas periferias das grandes cidades é mais intenso que a taxa média de urbanização do país. Ou seja, as grandes cidades crescem sobretudo nas periferias, o que tem reforçado a função estrutural da informalidade na composição do espaço urbano. [...] Em oposição às estruturas urbanas informais, a cidade formal, por sua vez, se restringe a uma parcela do espaço urbano, e contempla apenas uma pequena porcentagem da população. Essa dualidade se conformou mais efetivamente a partir da década de 50, com a intensificação do processo de industrialização, marcado pela divisão social do espaço urbano e pela extrema desigualdade, características da expansão do fordismo periférico (FERREIRA, 2000, p. 1).

Diante deste quadro, onde o Estado mostra-se historicamente ausente e alheio à qualquer obrigação de ordenação ou regulação da ocupação do espaço urbano, soma-se a adoção de políticas públicas absolutamente ineficazes o que se permite afirmar que não se assistiu no Brasil a uma urbanização que efetivasse o equilíbrio do acesso e uso do solo urbano e da provisão de equipamentos e infraestrutura urbanos para o conjunto da cidade e da sociedade. (FERREIRA, 2000)

Mas, para que se melhor afira o alcance desta crítica, cumpre conhecer – ainda que superficialmente - a realidade normativa correlata ao tema da mobilidade urbana para pessoas com deficiência.

5 REALIDADE NORMATIVA CORRELATA AO TEMA

Sob o prisma jurídico, como visto alhures as praias são compreendidas como bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvando-se apenas os trechos considerados de interesse de segurança nacional (art. 10 da Lei 7661/88). *Pari passu*, a Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Carta Mundial do Direito à Cidade, asseguram uma existência da mobilidade enquanto um direito fundamental. Tal atenção normativa, contudo, reflete simples realidade formal de direitos, sobretudo quando se afere o quesito mobilidade e acessibilidade destas pessoas às praias de Salvador.

Nesse sentido, o tema da mobilidade urbana para pessoas com deficiência é tratado em três textos normativos: o Estatuto das Cidades (Lei 10257/01), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), bem como na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Acerca do primeiro deles, o Estatuto das Cidades em específico no seu art. 41, § 3, estabelece o seguinte:

Art. 41 [...]

§ 3º As cidades de que trata o *caput* deste artigo devem elaborar plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor no qual está inserido, que disponha sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive as que concentrem os focos geradores de maior circulação de pedestres, como os órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos, entre outros, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros. (BRASIL, 2001)

De acordo com o texto citado, além da compatibilidade do Plano Diretor com plano de rotas

acessíveis, a implantação ou reforma dos passeios públicos deve assegurar “acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive as que concentrem os focos geradores de maior circulação de pedestres”, dentre as quais, por óbvio, insere-se as praias.

De igual forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), traz em seu Título III todo um capítulo sobre acessibilidade e nesse sentido, já no primeiro artigo do capítulo traz a noção de acessibilidade de forma ampla, suplantando a mera percepção física e associando o termo ao exercício dos direitos de cidadania e efetiva participação social.

Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social. (BRASIL, 2015)

De se notar que o legislador traz distinção conceitual entre “pessoas com deficiência” e “pessoas com mobilidade reduzida”, destaca-se assim a previsão do art. 2º da citada lei ao considerar pessoa com deficiência:

Aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015) (BRASIL, 2015)

Por outro lado, as pessoas com mobilidade reduzidas são, nos termos da citada lei:

Aquelas que tenham, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso (BRASIL, 2015)

Da preocupação na distinção destes dois grupos, depreende-se em todo caso uma preocupação da norma em implementar uma superação do modelo médico para configuração de uma percepção biopsicossocial, aferido de forma interdisciplinar e considerando fatores socioambientais, psicológicos e pessoais (art. 2, §1, II do Estatuto da Pessoa Com Deficiência).

A este cabedal normativo somam-se diversos dispositivos constitucionais que amparam a inclusão da pessoa com deficiência, dentre os quais destaca-se o parágrafo segundo do art. 227, quando trata da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, referindo-se a construção de logradouros e edifícios de uso público:

Art. 227 [...] §2º- A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL, 1988)

Neste contexto, é importante destacar que o ambiente propiciado pela Constituição brasileira de 1988, promulgada em um momento de ascensão das forças sociais que lutavam pela democratização do país, assegura o surgimento de novas disposições legais voltadas aos interesses não meramente individuais, de onde se insere o Estatuto da Cidades (Lei 10.257/01), que volta-se segundo Maricato (2010, p. 5) não apenas da terra urbana, mas sim assumindo um enfoque holístico com diretrizes e preceitos sobre planos e planejamento urbano, sobre gestão urbana e regulação estatal, fiscal e jurídica, estabelece tratamento em específico da acessibilidade como um direito garantidos à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, compreendendo assim a mobilidade como um

direito de viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social. Nestes termos, pode-se compreender como ínsito ao direito a cidade a plena mobilidade do indivíduo, sobretudo ao se referir aos espaços públicos.

Porém ao analisar as transformações em curso existentes na sociedade e no espaço urbano soteropolitano, identifica-se que o direito à vida urbana é algo muito mais formal do que efetivo. Nesse sentido, ao se valorar tal realidade depara-se com políticas de requalificação urbana seletivas e segregacionistas, que refletem diretamente efeitos sobre questões sociais e tornam visíveis as desigualdades sócio espaciais no tecido urbano-metropolitano. (SERPA, 2014). Para determinados espaços – ditos públicos – prevalece a regra da inacessibilidade, reforçando-se assim a segregação e desigualdades sociais que se mostram como reflexos mais aparentes destas localidades.

No que diz respeito à mobilidade, há no município de Salvador segundo dados da Secretaria de Mobilidade do Município (SEMOB) ⁶, 2.553 (dois mil quinhentos e cinquenta e três) veículos do tipo ônibus, que representam a frota de transportes públicos, exercido por meio de três empresas que exploram o serviço: a CSN- Transportes Urbanos SPE S/A, a Otima Transportes de Salvador SPE S/A e a Plataforma Transportes SPE S/A.

Deste universo, há 2.348 (dois mil trezentos e quarenta e oito) veículos são considerados “acessíveis”, representando assim um universo de 91,9%⁷ dos ônibus da frota. Veículos acessíveis, para fins de cômputo nos dados citados, são aqueles que possuem plataformas (elevadores) para cadeiras de rodas ou cadeiras de transbordo⁸.

Apesar do expressivo número de veículos (ônibus) que contam com plataformas (91,9%) segundo dados da SEMOB, cumpre destacar que, de acordo com a legislação toda a frota do transporte público deve ser equipada com plataformas (elevadores) para cadeirantes, o que termina por fazer dos dados da Secretaria de Mobilidade de Salvador, uma confissão do desrespeito às disposições legais.

Ademais, segundo dados da Associação Baiana de Deficientes Físicos (ABADEF), há aproximadamente três milhões de baianos com algum tipo de limitação motora física, dos quais pelo menos 600 mil estariam em Salvador. No Brasil, seriam 13 milhões de pessoas com algum tipo de limitação motora física, número que, somados aos mais de 20 milhões de idosos, 19 milhões de obesos e aproximadamente 800 mil gestantes anualmente, permitem uma projeção do quanto é ineficaz um “percentual expressivo” de transporte público acessível enquanto não for cumprida, na integralidade, o que determina a legislação sobre o tema.

Destes dados, pode-se identificar que, no município de Salvador, a maior frota de veículos com plataformas para cadeiras de rodas é da empresa OT-Trans (Ótima Transportes de Salvador S/A), com 890 veículos cujas linhas vão de Mussurunga a Pernambués, incluindo Cajazeiras e Pau da Lima, alcançando assim a região do “miolo da cidade” (na nomenclatura utilizada pela Associação das Empresas de Transportes de Salvador (Integra)), em seu sítio da internet.

A segunda frota de veículos acessíveis no município de Salvador (739 veículos) é da empresa CSN- Transportes Urbanos SPE S/A, cujas linhas vão da Praça da Sé até Itapuã, seguida terceira empresa, Plataforma Transportes SPE S/A (719 veículos), cujas linhas atendem a região do subúrbio da cidade, indo São Tomé de Paripe ao Comércio. A partir destas informações, pode-se concluir que a frota de

6 Dados de 2017.

7 Apesar da informação cedida pelo Órgão oficial da Prefeitura, este dado parece superestimado, quando da constatação da realidade vista a olho nu no cotidiano da cidade, onde pode-se ver muitos poucos ônibus equipados para propiciar o acesso adequado a pessoas com necessidades especiais e os poucos que possuem o equipamento apresentam defeitos ou mau funcionamento.

8 Com o advento da Portaria 269/15 do INMETRO foram proibidas o uso de cadeiras de transbordo em ônibus de transporte coletivo, entretanto dados da própria Secretaria de Mobilidade, informam que os veículos executivos das linhas do Aeroporto ainda usam tais cadeiras.

veículos, em sua maior parte de veículos acessíveis, atende a região do “miolo” da cidade (Mussurunga a Pernambués, incluindo Cajazeiras e Pau da Lima), some-se a isso, que a região do subúrbio é a mais prejudicada com a menor frota de veículos acessíveis, repercutindo diretamente sobre a qualidade de acessibilidade às localidades desta região e reiterando a realidade de segregação e desigualdade social.

No que diz respeito a acessibilidade das vias de Salvador, dados do CREA-BA denunciavam desde 2006, a situação precária destes espaços, com escassa presença de equipamentos urbanos adaptados às necessidades das pessoas com necessidades especiais (limitações física ou sensorial). Nesse sentido o Grupo de Trabalho sobre Acessibilidade do CREA/BA, em atuação específica às regiões do centro da cidade (trecho da Avenida Sete de Setembro compreendido entre o Campo Grande e a Praça da Sé, além dos acessos às estações da Lapa e Terminal da Barroquinha, além dos Barris e Mouraria), detectou uma realidade de muitos problemas quanto a situação urbanística para pessoas com necessidades especiais (limitações motoras/física), com presença de diversos obstáculos a impedir a mobilidade destas pessoas, tais como forte presença de vendedores ambulantes sobre as calçadas, além de equipamentos arquitetônicos sem delimitação de espaço ou sinalização destes pontos explorados comercialmente, desníveis de calçadas (cuja altura é superior aos níveis indicados pela NBR 9060), irregularidades do meio fio, poucas rampas e sem condição de acessibilidade. Tais fatos, apesar de constatados em 2006, continuam a existir e, em alguns casos em níveis até piores, o que motivou inclusive medidas judiciais⁹ e terminaria por denunciar a ausência de políticas públicas específicas no município voltadas a mobilidade plena de pessoas com necessidades especiais na cidade, apesar de existirem alguns pontos da cidade (todos eles privados) onde tal situação é totalmente distinta, com alto nível de mobilidade e acessibilidade.

Em outras palavras, pode-se observar a coexistência de espaços bem equipados, afluentes e aprazíveis, ao lado do que se pode denominar de espaços com baixo nível da estrutura urbana, marcados por forte estigmatização. A descrição – comumente associada a descrição de bairros pobres e ricos numa mesma cidade – em nada contrasta quando analogicamente é aplicado a falta de acessibilidade a pessoas com deficiência, afinal para pessoas com deficiência, a cidade de Salvador – seguindo traço comum ao conjunto das capitais brasileiras - apresenta forte traço de segmentação social, ensejando por isso a alcunha de “cidade deficiente” onde identificam-se determinadas áreas dotadas de grande estrutura e acessibilidade, em detrimento de outras áreas onde tal realidade é apenas um pálido reflexo das exigências e promessas da lei.

Afirma-se, pois, apesar da ampla previsão normativa, prevalece o caráter meramente formal destes direitos, o que pode ser aferido pela mais recente política pública implementada no município de Salvador voltada a revitalização da orla da cidade, bem como ações da Secretaria Cidade Sustentável (Secis) com a implementação em específico do Projeto Para-praia.

Acerca do primeiro, sabe-se que de acordo com o sítio da Prefeitura, com custo estimado em R\$ 111 milhões, o projeto voltou-se a ações de intervenção em nove pontos da orla de Salvador (São Tomé de Paripe, Tubarão, Ribeira, Barra, Rio Vermelho, Jardim de Alá/Armação, Boca do Rio, Piatã e Itapuã) - incluindo a criação de diversos equipamentos públicos (50 mil m² de novas calçadas, 6 km de ciclovias, 10 km com nova iluminação pública, 16 mil m² de espaço compartilhado, quadras, praças e restaurantes) porém em que pese a importância das citadas medidas, salta aos olhos o fato de que em nenhuma das propostas de intervenção há o interesse em tornar estes espaços acessíveis

9 Proposta Ação Civil Pública pelo MP/BA perante a 5ª Vara da Fazenda Pública, onde em sede de antecipação de tutela o Juízo decidiu que o Município de Salvador deve promover adaptações em logradouros e edifícios públicos para garantir o direito fundamental de acessibilidade a pessoas com necessidades especiais motora e sensorial. Esta decisão foi reafirmada pela II Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Município e manteve a decisão.

a pessoas com deficiência, permitindo-se constatar que, apesar da “revitalização” realizada nenhuma das praias da imensa orla de Salvador (com exceção da praia de Ondina) são acessíveis.

Acerca da segunda política pública citada – o Projeto Para-praia - a realidade não é diferente. Trata-se de projeto onde o Município implementa, em parceria com instituições privadas (Faculdade Baiana de Medicina, ONG´s e educadores físicos), a realização de ações que proporcionam gratuitamente banho de mar para pessoas com deficiência física por meio da ajuda dos profissionais participantes do projeto, além de contemplar atividades esportivas como mergulho e *stand up paddle*.

Mais uma vez, cumpre destacar a louvável iniciativa, contudo, em que pese a importância destas ações, o projeto não resolve o problema da falta de acessibilidade das pessoas com deficiência às praias, mas sim apenas o atenua. Pois quando da realização/execução do projeto o Município equipa o espaço (a praia escolhida) com todos equipamentos necessários à efetivação da acessibilidade do local (tendas de apoio, sombreiro e cadeiras para os acompanhantes, pistas de acesso, banheiros especiais, espaços customizados para atividades recreativas, cadeiras flutuantes para os banhos de mar e piscina plástica), porém após a realização da atividade todos os equipamentos citados são retirados, voltando o espaço a ser o que era antes.

Ademais, toda a atividade é sempre realizada e acompanhada por uma equipe multidisciplinar, coordenada por professores da Escola Baiana de Fisioterapia e Saúde Pública, o que ratifica a inacessibilidade destes espaços, pois sem tal amparo dos profissionais referidos, o espaço - mesmo com todos os equipamentos citados - continua inacessível à pessoas com deficiência, frustrando-se assim o acesso ao espaço público. Nesse sentido cumpre destacar que, nos termos delimitados pela Política nacional de Mobilidade Urbana, a acessibilidade configura-se pela facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, fato que não é atendido pelo Projeto Para-Praia, que apenas atenua o problema.

Diante deste quadro com constatação da absoluta falta de acessibilidade a estes bens públicos são agregados outros fatores que agravam a situação, a saber: falta de ônibus adaptados em número adequados, ausência de rampas, corrimões, banheiros adaptados, sinalização dentre outros.

6 CAPITALISMO E AS “ILHAS DE ACESSIBILIDADE”

Apesar da realidade da inacessibilidade às praias para pessoas com deficiência, fato que chama a atenção é a existência de determinados espaços (privados), onde se pode observar plena acessibilidade. Tal fenômeno em parte pode ser explicado pelos efeitos que o capitalismo proporciona para a urbanização: um processo marcado pela acentuada segregação espacial, ocupacional e social.

Nesse sentido desenvolve-se uma urbanização pautada por interesses do capital mobiliário, o que termina por justificar a existência das “ilhas de acessibilidade”, em detrimento dos espaços públicos. Nesse contexto, ao lado dos espaços públicos inacessíveis pode-se encontrar uma ampla infraestrutura de acessibilidade nos espaços privados (como por exemplo nos *shoppings Centers*), o que se justifica pelo fato de que em tais locais respeita-se não a “pessoa com deficiência”, mas sim o “consumidor”, situação reflexo do modelo de ocupação do solo que viria a ser instalado nos países da América Latina.

Acerca do tema, pontua a doutrina:

[...] esse modelo definidor de padrões holísticos de uso e ocupação do solo, apoiado na centralização e na racionalidade do aparelho do Estado, foi aplicado a apenas uma parte das nossas grandes cidades: na chamada cidade formal ou legal. A importação de padrões do chamado “primeiro mundo”, aplicados a uma parte da cidade (ou da sociedade) contribuiu para que a cidade brasileira fosse marcada pela modernização incompleta. (MARICATO, 2000, p. 30)

A chamada modernização incompleta comumente aplicada para compreensão da existência das ocupações nas periferias, pode também ser avocada para compreensão da mobilidade urbana para pessoas com deficiência, onde caracteriza-se a segregação como marca maior, afinal a existência de equipamentos públicos inacessíveis equipara-se para estas pessoas com a absoluta ausência destes.

Por tal razão, impossível não constatar a íntima relação entre o desenvolvimento do capitalismo e o tipo de urbanização que se implementa, o que justifica a existência das “ilhas de acessibilidade” nos espaços privados (como nos *shoppings centers*) em detrimento dos espaços públicos (dentre os quais, as praias são o maior exemplo), pois a qualidade de vida urbana – na feliz conclusão da doutrina – é mercadoria para os que tem dinheiro (HARVEY, 2014, p. 46).

Ao implementar compreensão desta realidade e suas relações ao capitalismo, Harvey (2014, p.30) pontua que as cidades surgem de algum tipo de concentração geográfica e social de um excedente de produção, motivo pelo qual vale-se da urbanização para absorção destes excedentes. Compreender, portanto por que algumas partes da cidade são acessíveis para algumas pessoas e outras não, parte da constatação de que o tipo de urbanização realizado é reflexo da absorção dos excedentes de capital, ao preço da desapropriação de massas e configuração de políticas parciais e insuficientes de mobilidade urbana.

A expressão “políticas parciais e insuficientes de mobilidade urbana”, quer expressar o conjunto de tentativas estatais – sempre parciais – de implantação de aparelhos acessíveis, gerando uma “quase acessibilidade” ou uma “semi inclusão”. A guisa de exemplo, o Projeto Para Praia, já citado alhures, apesar de louvável, em nada modifica o espaço no quesito acessibilidade. De igual forma e que projeto bastante parecido, o Estado também promove atividade similar, por meio da Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Desenvolvimento Social (SJDHDS), em parceria com a Associação Baiana de Equoterapia (ABAE) e a Polícia Militar da Bahia, chamado “Agora é a vez do Cavalinho!”, com banho de mar assistido, prática de *stand up*, passeio de bote, banho com cadeira anfíbio, futebol de areia, entre outras atividades lúdicas, para crianças e jovens deficientes físicos previamente cadastrados.

7 CONCLUSÕES

Para pessoas com deficiência, a cidade de Salvador – seguindo traço comum ao conjunto das capitais brasileiras - apresenta forte traço de segmentação social, ensejando por isso a alcunha de “cidade deficiente”, onde identificam-se determinadas áreas dotadas de grande estrutura e acessibilidade, em detrimento de outras áreas onde tal realidade é apenas um pálido reflexo das exigências e promessas da lei. Para as primeiras áreas citadas - normalmente áreas privadas - o alto grau de mobilidade é explicado pelo fato do consumo e interesse do capital imobiliário especulativo onde respeita-se não a pessoa com deficiência, mas sim o consumidor (independentemente deste possuir ou não deficiência). Como exemplo emblemático desta realidade indicam-se os empreendimentos verticais, condomínios fechados e *shopping Centers*, dotados de grande acessibilidade justificada pelo valor que se cobra pelo uso destes espaços.

Deparando-se com as recentes políticas públicas do Município de Salvador, voltadas ao tema, observa-se a absoluta ineficácia e manutenção das medidas adotadas. Por todos destacam-se o Projeto de Revitalização da Orla do Município, bem como o Projeto Para-Praia, ambos insuficientes e pouco representativos como políticas voltadas à solução destes problemas. Acerca do primeiro deles, identificou-se que apesar de voltar-se a ações de intervenção em nove pontos da orla de Salvador, com criação de diversos equipamentos públicos, em nenhum destes houve o interesse em tornar estes espaços acessíveis a pessoas com deficiência, constatando-se assim que, apesar da “revitalização” realizada, em nenhuma das praias da imensa orla de Salvador (com exceção da praia de Ondina)

existe acessibilidade a pessoas com deficiência.

Acerca da segunda política citada, concluiu-se que o projeto não resolve o problema da falta de acessibilidade das pessoas com deficiência às praias, mas sim apenas o atenua, uma vez que os aparelhos que alteram a realidade do local são utilizados apenas quando da realização/execução do projeto, sendo após isso retirados, voltando o espaço a ser o que era antes.

Sob o prisma jurídico, abordou-se o tema da mobilidade urbana para pessoas com deficiência a partir de três textos normativos: o Estatuto das Cidades (Lei 10257/01), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), bem como na Constituição Federal do Brasil de 1988. Em todos casos, apesar do amplo cabedal normativo que permitem direitos a mobilidade urbana tanto para pessoas com deficiência como deveres ao Estado para observância destes direitos quando da realização de políticas públicas voltadas à área, prevalece o caráter meramente formal destas normas, sendo ignoradas ou descumpridas em função dos interesses privados que orientam o tipo de urbanização que prevalece no município de Salvador.

Nesse sentido, destacou-se ainda a existência de “ilhas de acessibilidade”, caracterizadas pela existência de determinados espaços (privados), onde se pode observar plena acessibilidade. Concluiu-se que tal fenômeno em parte pode ser explicada pelos efeitos que o capitalismo proporciona para a urbanização desenvolvido a partir dos interesses do capital mobiliário, o que termina por justificar a existência de alguns espaços acessíveis (em espaços privados), em detrimento dos espaços públicos.

Diante deste quadro, impossível não constatar que uma coisa é ter direitos, coisa bem diferente é efetivá-los afinal como disse certa feita Orwell, “todos são iguais, mas uns são mais iguais do que os outros”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei 10257, 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. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei 13.146 de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 14 Jun. 2017.

BARBALET, J. M. *Citizenship: rights, struggle and class inequality*. England: Open University Press, 1988.

BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita. *Cidadania e democracia*. São Paulo: Lua Nova, 1994.

CARVALHO, Inaiá; PEREIRA, Gilberto Corso (orgs.). *Como Anda Salvador*. 2. ed., revista e ampliada. Salvador: Edufba, 2008.

CARVALHO, Inaiá; PEREIRA, Gilberto Corso. *Salvador: transformações na ordem urbana [recurso eletrônico]: metrópoles: território, coesão social e governança democrática*. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrópoles, 2014.

CARVALHO, Celso Santos (org.). *Estatuto da Cidade: comentado = The City Statute of Brazil: a commentary*. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010.

DEMO, Pedro. *Cidadania Menor*: algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política. Petrópolis: Vozes, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERNANDES, Ana. *Salvador, uma cidade perplexa*. Carta Maior, 29 setembro de 2012. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Salvador-uma-cidade-perplexa/4/25983>>. Acesso em: 16 out. 2016.

FERREIRA, João Sette Whitaker. *Governança urbana no contexto das cidades subdesenvolvidas*. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/j_whitaker/govern.html>. Acesso em: 01 dez. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

GYFORD, John. Models of change. In: *CITIZENS consumers and councils*: local government and the public. England: Macmillian, 1991.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: Do direito à Cidade à revolução urbana. São Paulo, Martins Fontes, 2014.

IVO, Anete Brito Leal. *Viver por um fio*: pobreza e política social. São Paulo: Annablume, 2008.

MARICATO, Ermínia. *O direito à cidade depende da democratização do uso e a ocupação do solo*. Entrevista para a Rede Mobilizadores COEP, 16/12/2013. Disponível em: <<https://erminiamaricato.net/2014/04/08/o-direito-a-cidade-depende-da-democratizacao-do-uso-e-a-ocupacao-do-solo/>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

MARSHALL, Theodore H. *Citizenship and social class*. Part I. London: Pluto Press, 1950.

OLIVEIRA, Marcos Fountoura de. *Direito à Mobilidade Urbana e o Direito à Cidade*. III Simpósio de Ciências Sociais: Cidade e Democracia, Minas Gerais: PUC Minas, 2014.

PORTER, Dorothy. *Health. Civilization and State*: a history of public health from ancient to modern times. London and New York: Routledge, 1999.

ORWELL, George. *Revolução dos Bichos*. 30. ed. São Paulo: Ed. Globo, 1989.

PARKER, Julia. *Citizenship. work and welfare*: searching for the good society. London: Macmillan Press, 1998.

PETERSEN, Alan; LUPTON, Deborah. *The new public health*: health and self in the age of risk. London: SAGE, 1996.

PEREIRA, Gilberto Corso. Habitação e Infra estrutura urbana em Salvador e região metropolitana. In: *Como Anda Salvador*. CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; PEREIRA, Gilberto Corso. 2. ed. revista e ampliada. Salvador: Edufba, 2008.

PINKER, Robert. *The right to welfare and other essays*. London: Heinemann Educational Books, 1981.

REIS, Flávio Wanderley. Cidadania, mercado e sociedade civil. In: DINI, Eli; LOPES LEITE, José Sérgio; PRANDI, Reginaldo (Orgs.). *O Brasil no rastro da crise*: partidos, sindicatos, movimentos sociais, Estado e cidadania no curso dos anos 90. São Paulo: HUCITEC/ANPOCS/IPEA, 1994.

SALM, Cláudio. Considerações finais. In: FERRETI, Celso João *et al.* (Orgs.). *Novas tecnologias, trabalho e educação*: um debate multidisciplinar. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed. rev. e ampl. acordo com a ABNT, São Paulo: Cortez, 2002.

SERPA, Ângelo. Os espaços Públicos da Salvador Contemporânea. In: CARVALHO, Inaiá Maria Moreira

de; PEREIRA, Gilberto Corso (Orgs.). *Como Anda Salvador*. Salvador: Edufba, 2008.

TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Cidadania, Direitos Sociais e Estado. In: *Conferência Nacional de Saúde*. Anais. Brasília, 1987, p.91-112.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. Gestão social: uma perspectiva conceitual. *RAP*. v.32. n.5. [S.l.]: [s.n.], 1998.

TURNER, Bryan S. (Ed.). *Citizenship and Social Theory*. London: SAGE, 1993.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. vol. 1. 3. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1994.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

Recebido em: 09/06/2017

Aprovado em: 21/12/2017

Como citar este artigo (ABNT):

PAMPONET, Ana Maria Seixas; VASCONCELLOS, Milton Silva de. Mobilidade urbana às praias como reflexo de um direito a cidade para pessoas com deficiência. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.78-93, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS E A NECESSÁRIA EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA

THE CHILD AND THE ADOLESCENT AS SUBJECT TO RIGHTS AND THE NECESSARY EDUCATION FOR CITIZENSHIP

Ismael Francisco de Souza ¹
Renata Nápoli Vieira Serafim ²

RESUMO: O presente artigo trata da necessidade da educação de crianças e adolescentes voltada para o exercício da cidadania. A partir do momento em foram reconhecidos como sujeitos de direitos, com a incorporação do Paradigma da Proteção Integral pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, estabeleceu-se uma nova ordem principiológica, com destaque para os princípios do interesse superior, da prioridade absoluta e da participação popular, segundo os quais os interesses infanto-juvenis são prioritários sobre quaisquer outros e sua participação nos processos de decisão deve ser garantida. Entretanto, na concepção tradicional de cidadania de Marshall, que tem como elementos os direitos civis, políticos e sociais, o exercício da cidadania pelas crianças e adolescentes permanece mitigado. Desse modo, é preciso não só reformular-se o conceito de cidadania levando-se em consideração o contexto atual, mas também promover-se a educação das crianças e adolescentes para a conscientização da importância desse exercício democrático e participativo. O método de procedimento adotado foi o monográfico e o de abordagem foi o histórico-sociológico, mediante realização de pesquisa puramente bibliográfica.

Palavras-chave: Cidadania; educação; paradigma da proteção integral; participação popular; sociedade.

ABSTRACT: This article deals with the need for education of children and adolescents focused on the exercise of citizenship. From the moment they were recognized as person under law, with the incorporation of the Integral Protection Paradigm by the Federal Constitution of 1988 and by the Statute of the Child and the Adolescent of 1990, children and adolescents were established the principles of superior interest, absolute priority and popular participation, according to which their interests take precedence and priority over any others and their participation in the decision-making process must be guaranteed. However, in Marshall's traditional conception of citizenship, which has civil, political and social rights as elements, the exercise of citizenship by children and adolescents remains mitigated. Thus, it is necessary not only to reformulate the concept of citizenship taking into account the current context, but also to promote the education of children and adolescents in order to raise awareness of the importance of this democratic and participatory exercise. The procedure method adopted was the monographic one and the approach was historical-sociological, through the accomplishment of purely bibliographical research.

Keywords: Citizenship; education; integral protection paradigm; popular participation; society.

¹ Doutor em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas.

² Mestranda em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de cidadania é dinâmico e está intimamente ligado com o seu contexto histórico. De acordo com Marshall (1967, p. 63-64), é formado de elementos constitutivos civis (direitos necessários à liberdade individual), políticos (direito de participar do exercício do poder político) e sociais (direito a um mínimo de bem-estar econômico e de conduzir a vida nos mesmos moldes da civilização e conforme os padrões do instinto coletivo).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o exercício da cidadania passou a consistir na fruição e no exercício dos direitos e garantias fundamentais afirmados e assegurados pelo Estado.

Como reflexo do avanço do neoliberalismo, o conceito de cidadania fundado na universalização de direitos reconhecidos e garantidos pelo Estado vem sendo substituído por outros, na medida em que a diminuição da responsabilidade estatal mostra-se diretamente proporcional ao aumento da dominação pelo capitalismo. Paralelamente ao processo de alargamento da democracia e expansão da cidadania, vê-se o encolhimento das responsabilidades sociais do Estado e a sua transferência para a sociedade civil (DAGNINO, 2004, p. 100).

A criança e o adolescente, por certo, são acometidos pelo atual modelo econômico, no qual os indivíduos estão cada vez mais preocupados com a aquisição de bens materiais e imateriais apenas para si, e, como é de se esperar, ecoam o individualismo e a competição em suas atividades cotidianas, desenvolvendo (e desenvolvendo-se) um meio ambiente no qual persistem a desigualdade e a exclusão social.

Mesmo após o seu reconhecimento como sujeitos de direitos, a partir do final do século XX, com a incorporação do Paradigma da Proteção Integral tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a cidadania, segundo a sua concepção clássica, ainda é recusada às crianças e aos adolescentes, na medida em que não exercem direitos políticos e detêm parcialmente direitos civis. (SARMENTO; FERNANDES; CATARINA, 2007, p. 187).

Diante dessa realidade, a educação para o exercício de uma cidadania plena e participativa, voltada para a conscientização da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos em uma sociedade desigual, não só corresponde a uma ação decorrente da aplicação dos fundamentos do Paradigma da Proteção Integral, mas também consiste num primeiro passo à disseminação do seu sentimento de responsabilidade pelo outro e pelo todo.

O presente artigo pretende tratar da necessidade de desenvolvimento de uma educação voltada ao exercício da cidadania, levando em consideração o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos da criança e do adolescente e, portanto, membros de uma sociedade em construção.

Primeiramente, apresenta-se breves considerações acerca da conceituação de cidadania e da importância do seu exercício por todos e todas. Em seguida, apontamentos históricos acerca dos fundamentos do Paradigma da Proteção Integral, notadamente com relação ao reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e seu direito à participação nas decisões tomadas pela sociedade. Na sequência, uma análise acerca das bases da educação e da necessidade de inclusão de práticas voltadas ao desenvolvimento da cidadania. E, por último, as considerações finais.

Na realização do presente artigo foi adotado o método procedimental monográfico, mediante abordagem histórica-sociológica a partir de pesquisa puramente bibliográfica.

2 CIDADANIA E O SEU EXERCÍCIO POR TODOS E TODAS

A cidadania pode ser compreendida, em síntese, como um atributo do ser humano que o torna pertencente à sociedade politicamente organizada.

Da obra do sociólogo inglês Theodore Humprey Marshall, reiteradamente utilizada na análise do desenvolvimento histórico da cidadania, extrai-se os momentos de afirmação dos direitos civis, de reco-

nhecimento dos direitos políticos e de conquista dos direitos sociais, os quais não se deram ao mesmo tempo, mas em etapas distintas, e constituem os fundamentos da cidadania. Segundo Marshall (1967, p. 76),

[a] cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*. Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em que relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação à qual a aspiração pode ser dirigida.

As conceituações são inúmeras e muitas se mostram redundantes, conduzindo ao equívoco de conceber-se a cidadania como algo estático e simplesmente relacionado ao fato de um cidadão possuir direitos (GORCZEVISKI; MARTIN, 2011, p. 23).

Contudo, a conquista dos direitos civis, políticos e sociais não atingiu (e possivelmente jamais atingirá) a sua plenitude, persistindo os embates pela manutenção e garantia de direitos civis, assim como inúmeros são os movimentos pela busca de direitos políticos e sociais ainda neste início do Século XXI. Não é diferente com relação aos direitos da criança e do adolescente, visto que, apesar da notória transformação a partir do final do século XX e do seu reconhecimento como sujeitos de direitos, o exercício da sua cidadania, conforme a concepção tradicional, ainda é mitigado.

Justamente por isso há que se admitir que o conceito cidadania é amplo e atinge inúmeras dimensões, estando, em verdade, em constante construção, uma vez que se relaciona diretamente com os processos sociais.

De acordo com Pinski (2008, p. 9), “[a] cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço”. Por isso, na definição de cidadania é preciso sempre considerar o seu contexto social, justamente porque o tempo, o lugar e as condições socioeconômicas faz com que adquira características próprias (GORCZEVISKI; MARTIN, 2011, p. 25).

Ademais, na sociedade moderna, marcada pela rápida transformação das comunidades culturais, étnicas e religiosas, pelos movimentos sociais de luta pelos direitos das minorias – nas quais se encontram as crianças e adolescentes –, pelos movimentos migratórios e pela globalização, entre outros fenômenos, o conceito tradicional de cidadania torna-se cada vez mais obsoleto.

Nesse sentido, a cidadania pode ser visualizada como um mecanismo de regulação da tensão entre a sociedade civil e o Estado, que por um lado limita os poderes deste e por outro universaliza e igualiza as particularidades dos sujeitos que compõem aquela (SANTOS, 1995, p. 12).

Há que se conceber, portanto, que na sociedade capitalista atual o ideal de cidadania requer nova construção, notadamente com relação à participação ativa dos indivíduos nas decisões e ações políticas do Estado e, especialmente com a inclusão das crianças e dos adolescentes, sempre com vistas, é claro, aos interesses da coletividade, na medida em que a “[c]idadania é o exercício equilibrado e harmonioso dos direitos e deveres de todos e de cada um: mas os direitos de uns nunca devem se firmar em detrimento dos direitos de outros” (GOMES; SANTOS, 2004, p. 30).

Nessa perspectiva, “[a] cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum” (MARSHALL, 1967, p. 84), na medida em que o estímulo para o seu desenvolvimento decorre tanto da luta para aquisição de direitos quanto do gozo destes próprios direitos.

Esse elo de natureza diferente relativo ao exercício da cidadania corresponde à participação popular e democrática. Segundo Gorczeviski e Martin (2011, p. 110), “[c]idadania pressupõe democracia, liberdade de manifestação, de contestação, respeito a todos integrantes da comunidade, aos

seus credos, aos seus valores, às suas culturas”, sendo assim, a cidadania plena somente pode ser alcançada com a participação, que é fundamental na primeira meta a ser atingida – acabar com a exclusão social.

No que diz respeito à participação infanto-juvenil, a família é o palco inicial. É no seio familiar democrático que a criança e o adolescente podem vivenciar as primeiras formas de expressão e participação (cidadania íntima). Para além do seio familiar, a voz da criança e do adolescente também pode ser ouvida nas escolas e demais grupos sociais dos quais participem, desde que lhes seja dada a oportunidade para demonstrações lúdicas, plásticas e verbais, entre outras (cidadania cognitiva). Por último, a criança e o adolescente devem ser admitidos no interior das organizações e instituições que tratem dos interesses, tendo em vista sua condição de sujeitos de direitos (cidadania institucional) (SARMENTO, 2012, p. 45).

Na mesma esteira, Custódio (2006, p. 22) destaca que

[a] cidadania para a afirmação dos direitos infanto-juvenis precisaria envolver a superação do modelo de representação no espaço político, privilegiando-se os espaços participativos como espaços pedagógicos na construção e formulação de uma nova perspectiva de cidadania, que considere a subjetividade em busca da emancipação.

A cidadania que se almeja, portanto, assegura a necessidade de participação, independentemente de idade, gênero, etnia, religião, cultura ou do fato de ser ou não eleitor, não apenas em seus próprios grupos de pertencimento, mas na comunidade maior, passando a consistir, desse modo, no exercício universal de todos os direitos relativos à dignidade da pessoa humana.

Até mesmo porque o exercício da cidadania não deve ser passivo, resumindo-se à aceitação e resignação diante da realidade, mas, sim ativo e capaz de promover transformações significativas no modelo atual em favor de todos e todas, inclusive das crianças e dos adolescentes.

3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: SUJEITOS DE DIREITO

No Brasil, desde o tempo da colonização portuguesa inexistia qualquer sentimento de preocupação com a proteção das crianças, que não só eram abandonadas nos naufrágios das embarcações, mas comiam no chão como se fossem animais e as que nasciam na escravidão eram consideradas como brinquedos pelos filhos dos senhores de escravos (CABRAL, 2012, p.23).

Consequentemente, no período denominado *menorista*, que nasceu com o Direito Penal do Menor por volta de 1830 – o Código Criminal do Império, daquela época, tratava da responsabilidade penal de menores de 18 anos – e perdurou até a década de 90, a criança e o adolescente “[e]ram meros objetos de toda uma ideologia tutelar, de uma cultura que coisificada a infância” (VERONESE, 2016, p. 52).

A doutrina *menorista* primeiramente foi afirmada pelo Código de Menores de 1927 (Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), que corporificou leis e decretos havidos desde 1902 e segundo o qual a tutela estatal só era despendida às crianças e aos adolescentes que se encontrassem em situação de abandono ou de delinquência.

Esse primeiro código – que também disciplinou que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional, algo bastante inovador para a época – foi reafirmado pelo Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), que, ainda que tenha trazido alguns avanços, seguiu na mesma linha, estabelecendo as diretrizes de assistência, de proteção e de vigilância do denominado “menor em situação irregular”, que correspondia ao indivíduo menor de dezoito anos abandonado, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido, com desvio de conduta ou

autor de infração penal (VERONESE, 2016. p. 54-55) – além dos jovens entre dezoito e vinte e um anos nos casos expressos em lei.

A doutrina aplicada nessa época

[c]aracterizou-se pela imposição de um modelo que submetia a criança à condição de objeto, estigmatizando-a como em situação irregular, violando e restringindo seus direitos mais elementares, geralmente reduzindo-a a condição de incapaz, aonde vigorava uma prática não-participativa, autoritária e repressiva representadas pela centralização das políticas públicas, o controle social por um Poder Judiciário onipotente e assessorado pelas práticas policiais mais violentas, no qual a institucionalização era a regra para o menino e a menina, simplesmente por estarem destituídos das condições básicas de exercer seus poderes políticos e ter uma vida digna como deveria ser o direito de toda a criança (CUSTÓDIO, 2006, p. 14).

Com isso, o Estado exercia um papel autoritário, atuando pela via da violação e da restrição dos direitos humanos e reforçando a imagem da infância por aquilo que ela não tinha e não era (CUSTÓDIO, 2008. p.24-25) – e, assim, reverberavam as práticas institucionalizantes e de redução da criança e do adolescente à condição de objeto da intervenção estatal – na contramão das ações internacionais, já que no ano de 1979 (Ano Internacional da Criança) a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas se reunia para promover a ampliação dos direitos relativos às crianças e aos adolescentes. Consoante Cabral (2012, p. 39),

Apesar do reconhecido avanço legislativo para o direito infantoadolescente, estava longe, ainda, de acompanhar os avanços que internacionalmente já eram assegurados, pois ainda havia no país uma concepção retrógrada, que tratava a criança e o adolescente como ‘menores’, como objetos da intervenção Estatal, diante da sua ‘situação irregular’.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana e tratou da proteção à infância como um direito social, instituindo a tríplice responsabilidade compartilhada da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com a prioridade absoluta, os direitos 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, bem como de salvaguardá-los de quaisquer formas de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade e de opressão (artigo 227), restaram incorporados os fundamentos da Teoria da Proteção Integral, originária da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959.

Estabeleceu-se, assim, “[a] base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente inter-relacionando os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral”, possibilitando a reunião de valores, conceitos, regras, articulação de sistemas e legitimidade frente à comunidade científica que deu ensejo a uma mudança paradigmática da compreensão daquele ramo jurídico (CUSTÓDIO, 2008, p.27-28).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, na mesma esteira, aderiu à teoria da proteção integral, que “consolidou-se como um verdadeiro paradigma da compreensão da infância e da adolescência no Brasil” (CUSTÓDIO, 2008, p. 23), uma vez que sedimentou o entendimento que “a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais e que, em razão da sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral, consoante os ditames da atual Constituição, art. 227” (VERONESE, 2016, p. 60-61), rompendo definitivamente com a concepção doutrinária “menorista” e dando ensejo ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas à ação conjunta da família, da sociedade e do Estado (VERONESE; LUZ, 2006, p. 9-10).

Nessa perspectiva, Souza (2016, p. 65) esclarece que “[r]econhecer os direitos de crianças e adolescentes requer a compreensão da condição de sujeito de direitos, garantindo as oportunidades essenciais ao desenvolvimento integral” devendo, pois, as políticas públicas serem elaboradas tendo em vista o princípio da prioridade absoluta.

E, no mesmo viés, Lima (2001, p. 79) frisa que

Do ponto de vista prático, ‘Proteção Integral’ significa que devemos garantir em favor de crianças e adolescentes em geral o gozo ou pleno exercício dos Direitos Fundamentais comuns a toda pessoa humana, dos seus Direitos especiais, bem como o mais adequado atendimento às suas Necessidades Básicas, de modo que lhe sejam asseguradas, em todos os contextos e situações sociais, as melhores condições para o seu desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social), em condições de liberdade e dignidade.

Com a incorporação do paradigma da proteção integral, o Direito da Criança e do Adolescente passou ser estruturado e concretizado por intermédio de uma série de princípios atinentes à materialização dos direitos fundamentais legalmente assegurados às crianças e aos adolescentes (CABRAL, 2012, p. 67).

Esses princípios são divididos por Lima (2001) em estruturantes, que fornecem parâmetros para a atribuição do sentido jurídico fundamental das normas e para a resolução de conflitos entre princípios – princípios de vinculação à doutrina jurídica da proteção integral, de universalização, do caráter jurídico garantista e do interesse superior da criança e do adolescente –, e em concretizantes, que servem para possibilitar a concretização dos primeiros – princípios da prioridade absoluta, da descentralização político-administrativa, da participação popular, da humanização, da despolicialização e da ênfase nas políticas sociais básicas.

Todos os referidos princípios são de extrema importância e se apresentam de forma articulada e integrada entre si, contudo, para a questão em análise necessária a abordagem combinada do princípio estruturante do interesse superior da criança e dos princípios concretizantes da prioridade absoluta e da participação popular.

O princípio do interesse superior da criança “constitui-se em ferramenta garantista na promoção de direitos de crianças e adolescentes que estrutura o princípio da prioridade absoluta” (SOUZA, 2016, p. 68), na medida em que determina que nas ações praticadas por instituições públicas ou privadas deve ser considerado primordialmente o maior interesse da criança, conforme previsto no artigo 3º, 1, da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. “Essa perspectiva é orientadora das ações da família, da sociedade e do Estado, que nos processos de tomada de decisão, sempre, devem considerar quais as oportunidades e facilidades que melhor alcançam os interesses da infância” (CUSTÓDIO, 2008, p. 33).

O princípio da prioridade absoluta, por sua vez, decorrente do artigo 227 da Carta Magna, diz respeito à proteção e socorro das crianças em quaisquer circunstâncias e de maneira prioritária, tanto pela família, quanto pela sociedade e pelo Estado. Também, por força deste princípio, quando se estabelecerem relações de conflito entre direitos, ainda que envolvendo direitos fundamentais, os direitos das crianças e dos adolescentes preponderarão sobre os demais.

Pelo princípio da participação popular entende-se que para a constituição, afirmação, implementação e aperfeiçoamento constante de um Sistema de Garantia de Direitos Humanos Fundamentais de crianças e adolescentes é necessário o envolvimento permanente da sociedade civil nos Conselhos de Direitos (criados nos três níveis político-administrativos da Federação); na proteção aos direitos pelos Conselhos Tutelares; em Juízo, em qualquer instância ou Tribunal, na defesa preventiva ou corretiva dos direitos difusos de crianças e adolescentes; e, também, na defesa jurídico-processual por meio de ações individuais mediante provocação do Ministério Público (LIMA, 2001, p. 254-255).

Esse princípio, portanto, “implica, para além de outros aspectos, à valorização e à aceitação de sua voz e sua participação nos seus quotidianos, ou seja, nos diversos ‘mundos’ que a rodeiam e onde está inserida (SOARES; TOMÁS, 2004, p. 143), assim como também visa ao estabelecimento de formas de participação ativa e crítica na elaboração das políticas públicas (CUSTÓDIO, 2008, p. 36).

Da análise dos referidos princípios, constata-se que não só a família, mas também a sociedade e o Estado têm o dever de zelar pelos interesses das crianças e dos adolescentes, com prioridade absoluta sobre todos e quaisquer outros. Para tanto, a família e os membros da sociedade têm o dever de atuar efetivamente perante os órgãos e as instituições criados e mantidos pelos Municípios, pelos Estados e pela União que tratem dos interesses infanto-juvenis, assim como também devem envolver-se orientando as ações e fiscalizando as decisões decorrentes do Poder Judiciário.

Mas, como saber qual é o melhor interesse da criança e do adolescente sem ouvi-los? Como se estabelecer políticas públicas que efetivamente defendam os seus interesses sem saber quais são eles?

Parece que o caminho é permitir que as crianças e os adolescentes, no exercício dos seus direitos, manifestem-se sobre os seus interesses, afinal,

[a] complexidade em desvendar o impacto das diversas mudanças na vida das crianças e adolescentes é um desafio para nossa imaginação coletiva e capacidade analítica. Mas não podemos embarcar nesta tarefa sem a participação dos mesmos, pois são eles os atores centrais que podem nos ajudar a compreender como vão reagir e se adaptar a essas mudanças, diferentemente dos adultos. (RIZZINI, 2006, p. 16).

Ademais, “o real sentido da democracia participativa se concretiza pela efetiva atuação dos cidadãos nos destinos da nação” (PEREIRA, 2008, p. 558) e, desse modo, não há como afirmar que as crianças e os adolescentes são cidadãos e sujeitos de direitos e ao mesmo tempo negar-lhes o acesso à participação nos processos democráticos.

4 EDUCAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, objetivando não só o desenvolvimento da pessoa humana e o exercício do trabalho, mas o seu preparo para o exercício da cidadania.

Como corolário da norma constitucional foram estabelecidas outras diretrizes, entre elas as traçadas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que disciplina a educação escolar, da infantil à superior, com a participação da família e da sociedade, segundo a qual “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida família, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (BRASIL, LDB, 1996). Cabe ainda destacar que a mesma normativa reforça o ideal de educação para o exercício da cidadania, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideias de solidariedade humana.

A educação, portanto, apresenta-se como uma via indispensável de condução para um desenvolvimento humano harmonioso e autêntico, comprometido com os ideais de paz, liberdade e justiça social, além de mostrar-se, também, como um ‘grito de amor à infância e à juventude’ que deve ser acolhido nas sociedades, nas famílias, nas comunidades de base, na nação. É por intermédio da educação que se dá a construção da própria pessoa, bem como das suas relações com outros indivíduos e, na sociedade moderna – marcada pelo crescimento econômico desenfreado e por tensões contínuas –, conhecer a si próprio e compreender o outro são medidas necessárias para se reformular o lugar a ser ocupado amanhã (DELORS, 1998, p. 11-12).

O direito à educação é incontroverso, uma vez previsto constitucionalmente como um direito

fundamental. A questão reside no fato de que a educação não se resume à absorção de conhecimentos técnicos e científicos, devendo, pois, objetivar a libertação e o desenvolvimento de uma consciência crítica e participativa da aprendizagem (FREIRE, 1979, p. 67), “enfim, a educação é um fenômeno amplo, inevitável, inato à formação e desenvolvimento do homem e da sociedade, sendo também, um comportamento necessário da vida social, política, econômica e cultural do indivíduo de direitos” (KANTHACK, 2007, p.16).

Na visão de Marshall (1967, p.73), o objetivo da educação é moldar o adulto em perspectiva e, assim, não deveria ser considerada como um direito da criança de frequentar a escola, mas sim como o direito do cidadão adulto de ter sido educado, uma vez que educação das crianças estaria “diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvidas, as exigências e a natureza da cidadania.”.

Em verdade, a educação está diretamente relacionada à cidadania, mas essa imagem da criança e do adolescente sob a perspectiva de um futuro cidadão adulto está ultrapassada, assim como a época em que as crianças não tinham voz, devendo ficar em silêncio já que a sua única possibilidade era a de ouvintes (BUSTELO, 2011, p. 141).

No campo normativo, crianças e adolescentes são reconhecidamente sujeitos de direitos e, desse modo, têm sua própria voz e o direito de serem ouvidos, principalmente quando do estabelecimento de políticas públicas direcionadas à concretização dos seus direitos fundamentais 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, todos constitucionalmente previstos.

Nesse sentido, a criança e o adolescente, em vista da sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, não só necessitam de uma educação básica de qualidade – que leve em consideração as suas dimensões ética e cultural, científica e tecnológica, econômica e cultural – e promova o desenvolvimento sadio das suas aptidões pessoais, mas também que trate de sua participação no processo democrático, de modo a orientar e preparar para a participação ativa nos projetos da sociedade (DELORS, 1998, p. 60-61).

Por força da aplicação dos princípios decorrentes do Paradigma da Proteção Integral, a criança e o adolescente, devem ter acesso, de maneira prioritária, ao conhecimento necessário para o exercício do seu direito de participação, que, segundo Custódio (2008, p. 36), “visa estabelecer formas de participação ativa e crítica na formulação das políticas públicas, garantindo instrumentos de fiscalização e controle, amparando as exigências da sociedade quanto à efetivação das políticas com qualidade e em quantidade adequadas.”.

Ademais, “o ingresso da criança na cidadania não pode ficar reduzido somente à família”, na medida em que é público o espaço de suas lutas (BUSTELO, 2011, p. 176) e, neste viés, mostra-se necessária a formulação de uma política educacional voltada à conscientização da criança e do adolescente de que têm o direito de falar e de serem ouvidos pela sociedade civil e também pelo Estado.

É possível falar-se em participação infantil quando há integração em um trabalho em sala de aula, quando se forma uma equipe de futebol, quando se desenvolve uma atividade familiar ou quando se elege um representante estudantil. Contudo, a concepção de participação infantil é mais utilizada para se referir à atividade política, mais próxima das participações realizadas pelos adultos (ÁLVARES, 2011, p. 200).

Na perspectiva de Lansdown (2005), as crianças podem participar de três maneiras diferentes, quais sejam: em processos consultivos, iniciados, dirigidos e administrados por adultos, nos quais suas opiniões e experiências são reconhecidas; em processos participativos, iniciados por adultos, nos quais podem exercer influência ou expressar dúvidas sobre o próprio processo e seus resultados; e em processos autônomos, nos quais podem empreender ações.

Por certo, a democracia participativa, para o Direito da Criança e do Adolescente, “[m]anifes-

ta-se pela oportunidade de participação direta da comunidade na proposição, deliberação e gestão de políticas públicas” (PAGANINI; CUSTÓDIO, 2011, p. 283-284) e, ainda, nos órgãos responsáveis pelo atendimento e proteção, por meio da escolha dos seus membros representativos, não tratando diretamente da participação de crianças e adolescentes.

Desse modo, para crianças e adolescentes “o direito de participação, e em especial o direito de participação política e a ocupação nos espaços de decisão, ainda se constitui em objetivo muito frágil no Brasil”, pois, mesmo sendo permitida a sua participação adolescentes nos Conselhos Gestores e promovido o fortalecimento de grêmios estudantis, o contingente ainda é baixo (SOUZA, 2016, p. 70).

Nesse sentido, Tomás (2007, p. 51) destaca que

[a] pesar de no campo dos princípios verificar-se uma intenção de dotar as crianças com competências indispensáveis ao exercício da cidadania, com a possibilidade de terem voz e se fazerem ouvir na sociedade, o exercício da cidadania por elas continua em muitos contextos a se fazer por decreto, ou seja, com grande visibilidade nos discursos teóricos e mesmo nas propostas de intervenção das instituições que atuam no sentido de divulgar e promover os direitos da criança, mas com escassa visibilidade no cotidiano destas.

Trata-se, portanto, de um grande desafio incluir crianças e adolescentes nas agendas políticas e nos debates públicos, ainda que já se possa admitir que as políticas públicas elaboradas e implementadas para responder às suas necessidades podem ser verdadeiramente eficazes se permitida sua participação não só nos processos de decisão, mas principalmente por ocasião dos procedimentos de avaliação.

Para Liebel (2011, p. 38) a implementação dos direitos da criança passa por filtros interpretativos, em que os direitos são exercidos pelos adultos em favor de crianças e adolescentes, “a possibilidade de crianças e adolescentes influenciarem na interpretação de seus direitos e de tomarem suas implicações em mãos são muito escassas.”³

Nesse sentido,

A participação como princípio democrático para a uma experiência real e tangível no horizonte da cidadania da infância é um desafio premente ao qual desejamos assistir. Todos os dias há novos desafios a serem resolvidos e novas inserções no mundo que exigem a atualização da forma como o papel da infância e adolescência é abordado. Nós reconhecemos que as crianças podem ter níveis mais elevados de inclusão participativa na vida do Estado e na medida em que esse relacionamento seja bem-sucedido, gestado a partir da família e da escola como principais âmbitos da criança, nessa proporção deverá alcançar progressos na construção dos Estados de direito (OEA, 2010, p. 5).⁴

Tal perspectiva aponta para pensar possibilidades e alternativas que compensem o desequilíbrio constituído ao longo destes anos. Liebel (2011) propõe como alternativa o que chama de variáveis

3 La posibilidad de los niños de influir en la interpretación de sus derechos y de tomar su implementación en sus propias manos son muy escasas.

4 La participación como principio democrático para la vivencia de una ciudadanía real y tangible en el horizonte de la niñez, es un reto apremiante al cual deseamos asistir. Cada día hay nuevos retos por resolver y nuevas inserciones en el mundo que requieren actualizar la forma en que se aborda el papel de la infancia y la adolescencia. Reconocemos que la niñez puede tener mejores niveles de inclusión participativa en la vida del Estado y en la medida en que resulte exitoso dicho relacionamiento, gestado desde la familia y la escuela como principales ámbitos de la niñez, en esa proporción lograremos avanzar en edificación de Estados de Derecho.

imanes e transformadoras. A variável imanente constitui-se de um direito internacional que possibilite as influências e as competências de decisões dos sujeitos de direitos, que permite dar voz a crianças e adolescentes. As transformadoras apontam a um processo de decisão com estruturas novas e a mudanças e transformações sociais na relação entre crianças/adolescentes e adultos, substituindo a lógica hierarquizada de denominação.

Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, em seu relatório datado de 30 de outubro de 2015, ressalta sua preocupação com o fato de a participação de crianças nos conselhos de escola ainda ser baixa e as suas opiniões raramente serem levadas em conta (constatação n. 29). Recomenda, para tanto, que o Brasil desenvolva ferramentas para consulta pública, permitindo elevado nível de inclusão e participação, inclusive, com consulta às crianças sobre as questões que lhes digam respeito (item a) e realize programas e atividades de sensibilização no sentido da participação permanente de todas as crianças na família, na comunidade e nas escolas (item b). Propõe o Comitê, ainda, que seja participação seja significativa e poderosa, inclusive dentro dos conselhos estudantis (recomendação n. 30).

Por isso, a participação de adolescentes nos Conselhos Gestores e nos grêmios estudantis e a sua manifestação por ocasião da elaboração dos Planos Decenais, assim como a participação de crianças em projetos como Vereadores Mirins, por exemplo, são práticas que devem ser incentivadas pelas famílias, pela escola e pela sociedade.

É necessário um grande esforço, por parte daqueles que vivem e trabalham com crianças, para aprender a escutar e respeitar as vozes infantis e, assim, prepará-las para o desenvolvimento da habilidade de participação (CORONA; MORFIN *apud* ÁLVARES, 2011, p. 216).

Afinal, as constatações refletem com clareza a necessidade de conscientização das crianças e adolescentes a respeito da importância da sua participação nos processos de tomada de decisões e, mais, na construção da sociedade civil.

A educação para a cidadania não se resume em conduzir a criança e o adolescente pelo caminho da participação, mas principalmente em prepará-los, também, para o exercício de uma democracia solidária, já que se configura como “[u]m meio de aprendizagem com valor em si mesmo e um direito fundamental da infância que reforça os valores democráticos” (TOMÁS, 2007, p. 56).

Os exercícios de participação infantil relacionados com tomadas de decisões podem caracterizar um meio de expressão coletiva para crianças e jovens, que, por meio desses, podem estabelecer contato com as práticas da democracia moderna e, assim, aproximarem-se do exercício da cidadania plena, a qual parece ainda estar encoberta (ÁLVAREZ, 2011, p.214).

Segundo Delors (1998, p. 49), “a educação tem, pois, uma especial responsabilidade na edificação de um mundo mais solidário” e, nesse propósito, as políticas de educação devem transparecer essa responsabilidade. A crise aguda das relações sociais, a pobreza e a exclusão e a crise moral que desencadeia o aumento da criminalidade, da violência e dos conflitos interétnicos são evidências da necessidade de se reinventar o ideal democrático por intermédio de uma educação intercultural, que valorize o respeito pela diversidade e promova o combate a todas as formas de exclusão (DELORS, 1998, p. 52-56).

A infância deve ser compreendida como um novo começo, conforme Bustelo (2011, p.151-152),

Os direitos das crianças correspondem a uma subjetividade social e, portanto, são os direitos transindividuais relacionadas ao desenvolvimento da autonomia para a mudança social. As crianças no mundo são obrigadas a fazer parte de uma sociedade e sua história, mas acima de tudo, dos dilemas sobre a mudança de uma ordem

que as oprime. Neste sentido, a infância é autônoma como princípio emancipador no qual a autonomia individual coincide com a autonomia social (tradução livre). (BUSTELO, 2011, p. 151-152).⁵

Nesse novo começo, a educação para o exercício da cidadania pode não ser o único, mas é um dos caminhos para a formulação de uma sociedade mais solidária e participativa.

A criança e o adolescente têm o direito de apreender o real significado da cidadania e exercê-la em condições compatíveis com o seu *status* de sujeito de direitos, participando de processos consultivos, por meio dos quais possam expressar suas opiniões e sentimentos, e também por meio de procedimentos afirmativos, consistentes em movimentos sociais para afirmação dos seus interesses. Consequentemente, o seu desenvolvimento se dará de forma diferenciada, reconstruindo-se a sociedade sobre as bases da solidariedade e do bem-estar comum.

5 CONCLUSÃO

A incorporação do Paradigma da Proteção Integral ao ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 1988, deu ensejo a um “novo” Direito da Criança e do Adolescente, que não apenas rompeu com as práticas de estigmatização e adultização da criança e do adolescente amparadas na *doutrina menorista*, mas também, fundada nos princípios do melhor interesse, da prioridade absoluta e da participação, reconheceu-os como sujeitos de direitos e, conseqüentemente, como membros de uma sociedade em construção.

Assim como a sociedade se encontra em construção, os conceitos de cidadania e democracia, sempre unidos, também se mostram em constante reformulação, justamente porque estão intimamente ligados com o contexto histórico e social ao qual se inserem.

A criança e o adolescente, enquanto sujeitos de direitos, não podem ser privados do seu direito de exercício da cidadania, sob pena de inobservância de seus direitos fundamentais e, ainda, de desatendimento aos princípios decorrentes do Paradigma da Proteção Integral.

Dessa forma, o caminho inicial ser trilhado é o da educação para a cidadania, ou seja, é necessário, a fim de se permitir o exercício da cidadania democrática e participativa, que as crianças e adolescentes sejam educadas para tanto e, mais, conscientizadas da sua importância.

A educação, seja pela escola, seja pela família, seja pela sociedade, não pode ser restringida à transmissão conhecimentos e técnicas, mas, prioritariamente, deve comprometer-se com o desenvolvimento da pessoa humana, buscando a formação de cidadãos solidários, conhecedores de si mesmos e dos outros e preocupados com os desígnios da sociedade. A educação deve receber um novo valor de dimensões ética e cultural que possibilite o conhecimento próprio e o conhecimento do outro, visando à entreatajuda pacífica e a harmonia entre todos os povos.

Por meio da educação, enquanto seres humanos em condições especiais de desenvolvimento, as crianças e adolescentes devem ser provocados à participação social, não só para que as políticas públicas estabelecidas efetivamente atentem aos seus interesses, mas principalmente para que, definitivamente, seja dada voz à infância.

Desse modo, tanto a família quanto a escola têm o dever de incentivar as crianças a expressarem suas opiniões em casa e na sala de aula, assim como também de oportunizar que os adolescentes participem da elaboração dos Planos Decenais, atuem como membros dos Conselhos Gestores e compareçam às atividades promovidas pelos grêmios estudantis.

⁵ Los derechos de la infancia se corresponden con una subjetividad social y, por tanto, se trata de derechos transindividuales que relacionan una autonomía en desarrollo para un cambio social. La infancia en el mundo está vinculada a ser parte de una sociedad y de su historia pero, sobre todo, a los dilemas sobre como cambiar un orden que la oprime. En este sentido, la infancia es autonomía pero como principio emancipador en el cual la autonomía individual coincide con la autonomía social.

Afinal, com educação para o exercício da cidadania, de forma participativa e em benefício da coletividade, pode-se dar um passo para a desconstrução do atual modelo econômico de sociedade e, assim, quem sabe, seja possível vivenciar um futuro moldado conforme os anseios de todos e todas, com menos individualismo e competição e mais igualdade e inclusão.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Rafael Caballero. Apuntes sobre participación y derechos civiles y políticos en niños, niñas y adolescentes. *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México*. CONTRÓ, Mónica González (Coord). Editorial Porrúa México, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BUSTELO, Eduardo. *El recreo de la infancia: argumentos para outro comienzo*. 2. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p.135-178.

CABRAL, Johana. *Família, sociedade e Estado na promoção e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente: um estudo da teoria da proteção integral*. Criciúma, SC: UNESC, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. *Os novos direitos da criança e do adolescente*. Joaçaba: Espaço Jurídico, v. 7, n. 1, jan./jun. 2006. p. 7-28. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8780/4819>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, nº 29, jan./jun., 2008. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: MATO, Daniel (coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004. p. 95-110. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/1983/1732>> Acesso em: 15 jul. 2017.

DELORS, Jacques. *Educação um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. Unesco, 1998.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GOMES, Lucrecia Anchieschi; SANTOS, Luciano Pereira dos. *Policidadania: Política e cidadania*. Paulinas: São Paulo, 2004.

GORCZEVISKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

KANTHACK, Elizabeth Dias. *Direito à educação: o real, o possível e o necessário*. A doutrina da proteção integral. São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7563/1/ELIZABETH%20DIAS%20KANTHACK.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

LANSDOWN, G. *¿Me haces caso? El derecho de los niños pequeños a participar en las decisiones que los afectan*. Cuadernos sobre Desarrollo Infantil Temprano, Fundacion Bernard Van Lee, n.36, 2005.

LIEBEL, Manfred. *Derechos de la infancia y obligaciones del Estado: Consideraciones sobre el entendimiento de los derechos de la infancia como derechos subjetivos*. In: CONTRÓ, Monica Gonzalez. Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México: 20 años de la convencion sobre los derechos del niño. México: Ed. Porrúa, 2011

LIMA, Miguel M. Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p.57-114.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Committee on the Rights of the Child. Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Brazil. 2015. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (org). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PAGANINI, Juliana; CUSTÓDIO, André Viana. *Os instrumentos de democracia participativa no Brasil: uma análise da atuação do Conselho Tutelar no combate à violação dos direitos da criança e do adolescente*. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 9. n. 9. jan./jun. 2011. p.278-291. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/143/139>>. Acesso em 04 ago. 2017.

PEREIRA, Elizabeth Maria Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIZZINI, Irene. *Infância e globalização: Análise das transformações econômicas, políticas e sociais*. Arquivos Brasileiros de Psicologia, vol. 58, nº 2, 2006.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do Pátrio Poder ao Pátrio Dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (orgs.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2009.

SARMENTO, Manuel Jacinto; FERNANDES, Natália; TOMÁS, Catarina. *Políticas Públicas e Participação Infantil: Educação, Sociedade e Cultura* nº 25, 2007. In: <<http://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC25/ManuelJacintoSarmiento.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

SARMENTO, Manuel Jacinto; FERNANDES, Natália; TOMÁS, Catarina. *A criança cidadã: vias e encruzilhadas*. Imprópria. Política e pensamento crítico. UNIPOP nº 2, 2012. p. 45-49. In: <<http://www2.fct.unesp.br/simposios/sociologiainfancia/T2%20A%20crian%20E7a%20cidad%20E3.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

SOARES; Tomás. Da emergência da participação à necessidade de consolidação da cidadania da infância: Os intrincados trilhos da ação, da participação e protagonismo social e político das crianças. In: SARMENTO; CERISARA. *Crianças e Miúdos: Perspectivas Sociopedagógicas da Infância e Educação*. Porto: Edições Asa, 2004.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)*:

estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

TOMÁS, Catarina. *Participação não tem idade*. Contexto & Educação. Editora Unijuí. Ano 22. nº 77. 2007. In: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1065/814>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. da (Coords). *Direito da criança e do adolescente*. Volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

Recebido em: 31/08/2017

Aprovado em: 01/12/2017

Como citar este artigo (ABNT):

SOUZA, Ismael Francisco de; SERAFIM, Renata Nápoli Vieira. A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos e a necessária educação para a cidadania. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.94-107, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

O SERMÃO DO MONTE E A FILOSOFIA DA PRÁXIS DE GRAMSCI: PARA ALÉM DAS INCOMPATIBILIDADES A PRIORI

THE SERMON ON THE MOUNT AND THE PHILOSOPHY OF GRAMSCI PRÁXIS: BEYOND INCOMPATIBILITIES THE PRIORI

Elda Coelho de Azevedo Businguer¹
Heleno Florindo da Silva²

RESUMO: A presente pesquisa busca compreender uma possível aproximação entre a racionalidade marxista e a racionalidade cristã, o que se dará por meio de uma análise da construção teórico-filosófica de Gramsci a partir de sua perspectiva acerca do materialismo histórico-dialético marxista, atrelado e desenvolvido por ele enquanto filosofia da práxis, bem como da passagem da bíblia cristã, conhecida como as bem-aventuranças, vista neste trabalho como uma síntese do Sermão do Monte de Jesus de Nazaré, com o fim de identificar a possível capacidade de aproximação entre esses aportes teórico-filosóficos. Para tanto, na primeira parte do trabalho, se desenvolve, em linhas gerais, o pensamento gramsciano e as principais características do que este chama de filosofia da práxis, ao debater o pensamento marxista da dialética histórico-materialista. Posteriormente, debate-se o Sermão do Monte, buscando identificar, nas bem-aventuranças, uma síntese do pensamento cristão novo testamentoário, para ser possível, na parte final do trabalho, realizar uma análise da aproximação e dos pontos de contato entre essas duas perspectivas, de modo que, a partir de uma concepção múltiplo dialética, sejamos capazes de romper com décadas de antagonismos e diferenças identificadas, aprioristicamente, entre elas, e que hoje, na contemporaneidade, merecem ser identificadas, debatidas e transformadas.

Palavras-chave: Materialismo histórico-dialético; cristianismo; marxismo; filosofia da práxis; sermão do monte.

ABSTRACT: The present research seeks to understand a possible approximation between Marxist rationality and Christian rationality, which will occur through an analysis of Gramsci's theoretical-philosophical construction from his perspective on Marxist historical-dialectical materialism, linked and developed by he as a philosophy of praxis, as well as the passage of the Christian bible, known as the Beatitudes, seen in this work as a synthesis of the Sermon on the Mount of Jesus of Nazareth, in order to identify the possible approximation between these theoretical contributions -philosophic. For this, in the first part of the work, Gramscian thought and the main characteristics of what this philosophy philosophy of praxis, in discussing the Marxist thought of the historical-materialist dialectic, develops in general lines. Subsequently, the Sermon on the Mount is discussed, seeking to identify in the beatitudes a synthesis of the new Christian testamentary thought, in order to be able, in the final part of the work, to carry out an analysis of the approach and points of contact between these two perspectives, so that, from a multiple dialectic conception, we are able to break with decades of antagonisms and differences identified, aprioristically, between them, and which today, in the present time, deserve to be identified, debated and transformed.

Keywords: Materialism historical-dialectical; christianity; marxism; philosophy of praxis; sermon on the mount.

¹ Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UnRio). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora de Pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais. Coordenadora do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (BIOGEPE). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos e Garantias Fundamentais. Membro do Conselho científico da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pós-Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade Multivix (Cariacica/ES). Coordenador Geral do Curso de Direito da Faculdade Multivix (Cariacica/ES). Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro da Diretoria Executiva da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH).

1 INTRODUÇÃO

A história do Cristianismo primitivo tem notáveis pontos de semelhança com o movimento moderno da classe operária. Como este, o Cristianismo foi, em suas origens, um movimento de homens oprimidos (Friedrich Engels, *O Cristianismo Primitivo*, 1984)

As concepções metodológicas extraídas do pensamento marxista, dentre as quais estão presentes o que será condensado e compreendido aqui como uma abordagem metodológica da dialética histórico-materialista, assim como todo o pensamento de Karl Marx, também se constrói e se desenvolve como uma perspectiva crítica, de ruptura, algo novo, ou seja, uma abordagem metodológica para além da racionalidade instrumentalizante do modo de ser moderno, fundamentado no empirismo metodológico do que se conhecem como *ciências duras*, fruto das revoluções científicas dos últimos séculos.

A partir dessa proposta de ruptura por meio de uma perspectiva metodológico-dialética, a dialética histórico-materialista marxista³, passa a ser vista como base para a construção de uma ciência crítica, uma ciência “do não contentamento”, uma ciência que buscará a negação daquilo que se apresenta como pronto e acabado (a tese), através de um movimento constante e eterno, de diálogo entre essa tese, e sua outra face (antítese), como fundamento de origem de uma nova tese (síntese) que será posta a análise e passará por todo o processo novamente.

Como abordagem que busca uma ruptura, a insurreição, as concepções teórico-filosóficas que se desenvolveram a partir do materialismo histórico-dialético, se dedicaram a realizar análises críticas do que era posto à sociedade como pronto e acabado, algo indiscutível, inquebrável, insubstituível, daí ser possível compreender como se desenvolveu no século XIX como alternativa desmistificadora da sacralidade do capitalismo como sistema socioeconômico único do Estado Liberal.

De outro lado, o Cristianismo, em suas origens, também se forma como alternativa àquilo que até então existia como tese, lançando as bases para a sua negação, como movimento social, político, teórico-filosófico, de ruptura com o que estava posto como única realidade possível.

Como não poderia deixar de ser, ambos os movimentos (tanto o Cristianismo quanto o materialismo histórico-dialético) em suas primícias, foram usados por aqueles que não participavam da única realidade possível à época, como racionalidade emancipadora dos oprimidos, de modo que Betto (1986, p.18), acerca dessa perspectiva, expõe que

É verdade que os primeiros Cristãos não elaboraram um projeto político de transformação da sociedade. A subversão que operaram no Império Romano, criando comunidades populares de igualdade social e partilha econômica, decorria de motivações religiosas. No entanto para a nova ordem vigente elas tiveram forte incidência política, tanto que os cristãos, tidos como “inimigos da raça humana”, sofreram três séculos de violentas perseguições.

Uma emancipação que se daria a partir da vida do Homem em sociedade, de seus atos, de sua existência compartilhada. Tanto para o cristianismo em suas origens, quanto para as concepções

3 Sob essa perspectiva metodológico-filosófica, é importante esclarecer que, como movimento dialético, o materialismo de base marxista, também se sujeitará a alterações. Ou seja, trata-se de uma abordagem que condicionará uma nova realidade social, mas que por ela será condicionada. Assim, a matéria, o social, o político, a vida como um todo, são vistos como situações em constante relação dialética com a perspectiva não só psicológica, mas, também, com a social. A partir dessas premissas, é possível perceber que a abordagem histórico-materialista da dialética, de base marxista, se oporá às perspectivas metodológicas de cunho idealista, ao passo que essas buscam uma abordagem que parte “um mundo das ideias”, ou seja, uma visão que percebe o ambiente e a sociedade como criações naturais do homem ou, até mesmo, divinais, o que se voltará a discutir ao longo desta pesquisa.

marxistas, será da concepção de práxis⁴, ou seja, serão dos atos da vida do sujeito em sociedade, que a realidade do proletariado, dos oprimidos, dos subalternos, se alterará.

Assim, na primeira parte desse trabalho, se buscará compreender melhor os fundamentos da abordagem metodológica da dialética histórico-materialista, o que será feito de uma análise das premissas que levaram Antonio Gramsci, um conhecido leitor de Karl Marx, a compreender tal perspectiva para além de uma concepção puramente teórica, ou seja, como algo ligado ao dia a dia das pessoas, uma filosofia da práxis.

Já na segunda parte, analisa-se o *Sermão do Monte*, entendido aqui como um dos principais pilares que fundamentam o Cristianismo, como caminho fundamental de uma vida cristã, a ponto de identificar ali as bases de uma filosofia da práxis para o cristianismo, ou seja, de uma filosofia que, para além da racionalidade epistêmica, busca demonstrar a necessidade do fazer, do atuar perante o outro, do dever ser, conforme as diretrizes lançadas ali.

Ao fim, na terceira parte desta pesquisa, debateremos a possibilidade, ou não, de aproximarmos as concepções do materialismo histórico-dialético, das bases fundamentais do cristianismo, para além de uma análise mistificadora e impeditiva, que, *a priori*, não percebe, não aceita tal diálogo e que ainda hoje se apresenta, mas que, diferente de outrora, se embasa mais no senso comum, do que na racionalidade científica.

Acerca da abordagem metodológica usada no presente estudo, se destaca as perspectivas inerentes ao múltiplo dialético, sendo importante compreender que sua análise pode ser realizada desde sua matriz grega, até a contemporaneidade, como um modelo de racionalidade capaz de possibilitar a existência de inúmeras realidades que, mesmo sendo diferentes entre si, convivem em harmonia dentro de uma mesma realidade político-social, ou seja, é o que nos possibilitará perceber a multiplicidade de existência e de modos de compreensão possíveis, bem como a compreensão de que está tudo inter-relacionado, de que tudo o que existe está ligado a ponto de ser especial para a vida em harmonia.

Portanto, se buscará no presente trabalho, romper com o senso comum, homogeneizador e uniformizador, que, aprioristicamente, impossibilita uma aproximação entre a construção teórico, filosófica e metodológica da dialética histórico-materialista em Marx, com as premissas do Cristianismo.

Desse modo, a razão de se publicar um artigo com essa abordagem está no fato de estarmos imersos em um contexto de recrudescimento, por muitas vezes extremado, dos discursos e debates políticos, sociais, jurídicos, religiosos, entre outros, de modo que tal estudo, contribuirá para o desenvolvimento dos estudos jurídicos neste sentido, por abrir um novo espaço de exercício dialético, a partir do momento que demonstra a possibilidade de diálogo e aproximação teórico-filosófica, entre duas perspectivas racionais que o senso comum, por séculos, afastou e continua afastando.

A partir de então, Krohling (2014) apontará para o fato de que desde sua formação mais incipiente, na Grécia antiga, a perspectiva do múltiplo dialético ser um importante marco na ascensão e promoção do debate sobre quaisquer situações, o que possibilitará, não só o surgimento, mas a necessidade de sua realização prática, do que hoje chamamos de diferença ou, mais recentemente, de diversidade, pois segundo ele

4 Para fins do que se pretende discutir nesta pesquisa, a ideia de práxis usada aqui, será fruto de um debate entre a concepção de materialismo histórico-dialético como filosofia da práxis, extraída de Gramsci (1971), e os conceitos apresentados no que se conhece no Cristianismo como “Sermão do Monte” ou “Sermão da Montanha”, que forma, como se discutirá, as bases para compreensão de uma teologia da práxis. Portanto, partiremos desse debate para extrair dele uma perspectiva de práxis ligada a ideia das atitudes tomadas pelo Homem em sociedade, ou seja, práxis como a vida cotidiana, os atos do dia a dia, o dever ser do Homem em sua vida social.

Os gregos já tinham saído da mitologia, pois viviam a presença de um novo marco, isto é, a realidade da polis, que modificou profundamente a sua maneira de ser e viver. (...) a ágora (praça pública) é o principal espaço e instrumento de poder. Nesse cenário descendências monárquicas, origens divinas da natureza e explicações mitológicas do poder não têm mais guarida. (...) tudo é debatido. As pessoas agora são iguais. Não há mais hierarquia absoluta e muito menos monarquia. (...). Esse é o marco inicial. Não há nada que não possa ser discutido. Não existem mais verdades eternas (KROHLING, 2014, p.23-24).

Para tanto, se problematiza esta pesquisa, a partir da seguinte indagação: de uma abordagem metodológica múltiplo dialética⁵ das construções teórico-político-filosóficas de Marx e de seus seguidores, de onde se extrai o que se convencionou chamar de Dialética Histórico-Materialista, bem como das premissas teológicas do Cristianismo estabelecidas no *Sermão do Monte* (principalmente, nas bem aventuranças presentes no Livro de Mateus 5.1-12), é possível identificarmos uma aproximação de tais perspectivas, para além de um *senso comum*, firmado sob uma incompatibilidade *a priori* entre as referidas perspectivas?

2 A DIALÉTICA HISTÓRICO-MATERIALISTA COMO FILOSOFIA DA PRÁXIS EM GRAMSCI⁶

A filosofia não é, no marxismo, uma atividade puramente especulativa, senão que é essencialmente ordenada a praxe (GIRARDI, 1968, p. 26).

Para compreender o ponto que se colocou como base para o diálogo entre a dialética histórico-materialista e o cristianismo, a partir do problema supra formulado, é necessário, analisar como Gramsci, um dos mais influentes seguidores de Marx, compreende a abordagem histórico-materialista da dialética⁷ a partir de uma compreensão prática, chegando a conclusão de que tal perspectiva pode ser percebida como uma filosofia da práxis.

Esse é o ponto trabalhado por Girardi (1968, p. 23) ao destacar que a praxe marxista deve ser compreendida como uma espécie de ação concreta, eficaz, levada a efeito pelo proletariado, (identificado como submisso, subalterno) “[...] para transformar o mundo, quer como natureza quer como sociedade, e torna-lo digno do homem. Enquanto transformador da natureza, é ele produção, trabalho, técnica; enquanto transformador da sociedade, é ação política, militante, partidária, revolucionária”

Acerca da ideia de práxis, é importante esclarecer qual o sentido adotado, neste ponto do trabalho, para sua compreensão. Assim, é preciso compreender que “a categoria específica ‘práxis’ foi elaborada historicamente, no sentido teórico, pela filosofia marxista. Trata-se de um conceito fundamental para a visão do mundo, da história e do homem própria do marxismo” (BORDIN, 1987, p. 77), de modo que, como se verá, Gramsci passa a se referir a abordagem marxista da dialética materialista-histórica, como Filosofia da Práxis.

De modo que é possível perceber como elementos constitutivos da ideia de práxis de base marxista, a concepção de que o Homem passa a ser visto como o instrumento de transformação da

5 Em decorrência do espaço limitado de um artigo científico, para um aprofundamento acerca do método do Múltiplo Dialético, ver Krohling (2014, Cap. 4).

6 As discussões propostas neste ponto do trabalho, foram retiradas, dentre outros trabalhos do próprio Gramsci e de seus leitores, daquela que se considera uma de suas principais obras, qual seja, *El Materialismo Histórico y La Filosofía de Benedetto Croce*, 1971.

7 Sobre o materialismo dialético de base marxista, enquanto abordagem metodológica, é importante ressaltar que essa é uma concepção de matriz filosófica, ou seja, corrobora-se através de uma construção racional a fim de alcançar respostas aos fenômenos inerentes ao Homem. Trata-se, portanto, de uma abordagem que buscará modificar a apreensão do ambiente, dos organismos, dos fenômenos físicos, político-sociais, que sejam inerentes aos animais, bem como aos seres humanos, busca essa que se concretizará numa transformação da sociedade, da cultura de um povo.

realidade social, sendo que essa transformação cristaliza o momento dialético entre teoria e práxis (BORDIN, 1987, p. 77).

Uma filosofia da práxis, no sentido identificado por Gramsci, portanto, deve ser vista como uma abordagem crítica do que está posto, ou seja, como um caminho de ruptura com a realidade que se apresenta aos indivíduos como imutável e intangível, se fazendo, para tanto, a partir de uma superação deste modo de pensar, deste pensamento concreto do mundo cultural existente.

Para Gramsci (1971, p. 14), deve ser uma compreensão de que a dialética histórica-materialista de base marxista se faz, não só como uma negação teórica da realidade posta, mas, e sobretudo, como uma prática do viver em sociedade, ou seja, como uma crítica do senso comum, imutável e indiscutível, através de percepção de que a filosofia dos intelectuais, essencialmente teórica, deve ser compreendida sob um manto histórico, capaz de, a partir da história, apresentar novos caminhos através dos quais o debate teórico-filosófico possa se efetivar.

Assim, a filosofia da práxis gramsciana não busca manter a unidade teórica da realidade social, produtora de um senso comum homogeneizante, mas ao contrário, objetiva demonstrar as várias perspectivas que a negação da realidade concreta promove, alcançando, assim, uma concepção superior e mais plural para a vida em sociedade, demonstrando que existem vários conhecimentos válidos e que poderiam ser usados do cotidiano social para emancipar as classes oprimidas.

É o que pode ser percebido na passagem abaixo, onde Gramsci (1971, p 16) destaca que

[...] la filosofía de la praxis no tiende a mantener a los “simples” en su filosofía primitiva del sentido común, sino, al contrario, a conducirlos hacia una concepción superior de la vida. Se afirma la exigencia del contacto entre intelectuales y simples, no para limitar la actividad científica y mantener la unidad al bajo nivel de las masas, sino para construir un bloque intelectual-moral que haga posible un progreso intelectual de masas y no sólo para pocos grupos intelectuales.⁸

O reconhecimento gramsciano da pluralidade cultural e epistêmica, e da necessidade do movimento dialético, histórico-materialista, acompanhar essa realidade a ponto de servir de instrumento de ruptura com os padrões culturais que uniformizam a vida em sociedade – o que atualmente, para Bauman, se dá através de uma *vida para o consumo*⁹ – também é trabalho por Santos (2008, p. 137-511), no que compreende como *Ecologia dos Saberes*.

Sobre as citadas perspectivas, Bauman (2008, p. 37) apresenta um simulacro do que considera ser, a partir de uma racionalidade ínsita ao sistema digestivo humano, a racionalidade por traz do consumismo na atualidade, pois segundo ele

Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites

8 “[...] a filosofia da práxis não tende a manutenção do ‘simples’ da filosofia primitiva do senso comum, senão, ao contrário, busca conduzi-los pra uma concepção superior da vida. Se afirma na exigência do contato entre intelectuais e pessoas comuns, não como instrumento de limitação da atividade científica e manutenção da unidade ao baixo nível das massas, senão para construir um bloqueio intelectual-moral que faça possível um progresso intelectual de todos em sociedade, e não só de alguns poucos grupos de intelectuais” (GRAMSCI, 1971, p. 16 - tradução nossa).

9 Acerca desse ponto, importante destacar que as discussões propostas por Bauman por si só, produziram espaço suficiente para uma única, ou várias, pesquisas, de modo que pelo espaço exíguo de um artigo, nos limitaremos às próprias palavras de Bauman para esclarecer o que compreende por “Vida para Consumo”. Assim, segundo ele “Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós seres humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos” (BAUMAN, 2008, p. 37).

temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós seres humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos.

A partir dessas premissas, é importante destacar que o próprio Gramsci reconhece que em sua proposta de uma filosofia da práxis é possível percebermos elementos de cunho determinista, fatalista, mecanicista, que poderiam descredibilizar uma abordagem histórico-dialético-materialista, tal como se propõe, mas que, mesmo identificáveis, não podem ser visto como mais do que um perfume ideológico imediato da filosofia da práxis, ou seja, uma crença, necessária e justificável historicamente pelo caráter de subalternidade de alguns estratos sociais (GRAMSCI, 1971, p. 18).

Assim como as leituras marxistas de outros autores, Gramsci buscará, com sua abordagem metodológica, identificar como o Homem está subjugado por um *modus vivendi* que o impede de realizar-se em plenitude, chegando à conclusão de que a estrutura político-econômica que sustenta a sociedade moderna, é que subjuga o Homem, assimilando-o, tornando-o passivo, o fazendo perceber, alienadamente, um único caminho de libertação (que, como visto acima, para Bauman, está no consumo).

A percepção pelo indivíduo moderno, desse cenário uniformizado, alienado, reduzido à abordagem metodológica empirista e positivista dos séculos XVII XVIII, pode ser concebida como uma catarse, ou seja

A fixação do momento “catártico”, deve ser visto, assim, me parece, como o ponto de partida de toda a filosofia da práxis; o processo catártico coincide com a cadeia de sínteses que resultam de desenvolvimento dialético (GRAMSCI, 1971, p. 47). (...). Esse é o ponto em que a concepção de mundo, a contemplação, a filosofia, se tornam “reais”, porque tendem a modificar o mundo a subverter a práxis (GRAMSCI, 1971, p. 49 – tradução nossa)¹⁰.

Sob esse ponto, Gramsci (1971, p. 49) destaca que é possível empregar o termo catarse neste contexto, tendo em vista o fato de que ele nos ajuda a indicar a substituição de uma realidade social pautada somente em aspectos meramente econômicos, o que pode ser compreendido como um egoísmo passional do modelo moderno de sociedade de consumo, por uma realidade fundamentada em um sentido ético-político, ou seja, fruto de uma elaboração histórica, materialista e dialética da realidade.

Por conseguinte, é possível percebermos que este é o ponto centro de toda a filosofia da práxis gramsciana, ou seja, a perspectiva a partir da qual o materialismo histórico-dialético se constrói como caminho para atualização da racionalidade dos indivíduos em sociedade, deixando de ser uma racionalidade arbitrária, alienante, para se converter em uma racionalidade emancipadora para os oprimidos, as classes sociais subalternas (GRAMSCI, 1971, p. 49).

É diante dessas premissas que Girardi (1968, p. 26) chega à conclusão de que “a alienação filosófica deve ser superada através da realização da filosofia. A realização da filosofia é a sua supressão (como filosofia pura), e a sua supressão (como filosofia pura) é a sua realização”, momento filosófico de ruptura, em que a dialética deixa o idealismo hegeliano, e completa o giro, voltando-se para a realidade, de onde originou-se, da busca por transformá-la.

A partir desses termos, a filosofia da práxis pode ser analisada sob a perspectiva de uma aproximação entre a racionalidade filosófica e a racionalidade política, ou seja, uma perspectiva que vai para o *chão da vida* buscar os elementos para sua própria compreensão da sociedade, o que pode

10 “La fijación del momento ‘catártico’ deviene así, me parece, el punto de partida de toda la filosofía de la praxis; el proceso catártico coincide con la cadena de síntesis que resulta del desarrollo dialéctico (GRAMSCI, 1971, p. 47). (...). Es el punto en que la concepción del mundo, la contemplación, la filosofía, se tornan “reales” porque tienden a modificar el mundo, a subvertir la praxis (GRAMSCI, 1971, p. 49)”.

ser percebido por meio do debate acerca da histórica da igualdade entre os Homens.

Essa aproximação entre a vida ativa (política) e a filosofia como a arte do saber científico, é identificada por Gramsci (1971, p. 38) como um caminho necessário para o desenvolvimento de uma dialética de cunho materialista, pois, enquanto histórica, a abordagem metodológica daí proveniente, “[...] *también se llega a la igualdad o ecuación entre “filosofía y política”, entre pensamiento y acción, esto es, a uma filosofia de la praxis. Todo es político, incluso la filosofía o las filosofías, y la única “filosofía” es la historia en acción, es decir, la vida misma*”.

Segundo ele, na história do debate acerca da igualdade entre os sujeitos sociais, ou seja, na história, sobretudo, do processo histórico de formação do Estado moderno como ferramenta natural de formação social, podemos compreender como a realidade daí emergente, em especial, aquela construída a partir da filosofia de base positivista, se identifica com o sistema de associações entre o privado e o público.

Trata-se, para Gramsci (1971, p. 38) de uma igualdade que será sentida, enquanto igualdade propriamente dita, por uma pequena parcela dos sujeitos sociais, mas que, de outro lado, para grande parcela desses mesmos sujeitos será, dolorosamente, sentida como desigualdade, pois igualdade e desigualdade, valem o tamanho da consciência que os sujeitos em sociedade, individualmente ou em grupo, possuem delas.

Antes de finalizarmos esse ponto da análise da dialética histórico-materialista, de cunho marxista, tal qual proposta por Gramsci, é importante destacar as influências que esse autor sofreu de Lênin, esse que foi, dentre muitos, um dos mais proeminentes seguidores de Marx.

É importante frisar que Gramsci não pode ser compreendido como alguém que se destacou por proporcionar uma descaracterização das formulações filosófico-teóricas, propostas e fundamentadas por Lênin, mas, de outro lado, buscou trabalhar a partir, em especial, do fundamento da historicidade, ínsito ao pensamento marxista de modo que, diante dessas premissas, se posicionou em suas leituras de Marx e Lênin, de forma contrária a todo e qualquer tipo de reducionismo analítico, empírico ou racional, que porventura fossem fundamentos para as explicações e interpretações do pensamento marxista.

Neste ponto, é importante explicar que a construção teórico-filosófica do que Gramsci chamará de filosofia da práxis, ao mesmo tempo em que busca seus fundamentos numa retomada do pensamento marxista em suas origens, promoverá o surgimento de uma nova concepção desse marxismo, ou seja, uma nova leitura de Marx.

É aí que a filosofia da práxis de Gramsci ganha espaço como um aporte teórico capaz de se colocar como abordagem racional fundamental para um debate acerca do cenário vivido pelos grupos sociais subalternos, frente a possibilidade de revertê-lo a partir de um movimento histórico, dialético e materialista de compreensão dessa realidade, atrelando, solidariamente, a teoria e a prática do materialismo dialético de base marxista.

Neste sentido, Girardi (1968, p. 22) conclui que “a solidariedade entre teoria e prática no marxismo significa, entre outras coisas, que ele é ao mesmo tempo um sistema e uma experiência. Pelo que, ele só é compreendido como sistema lógico se for compreendido como experiência, como sistema de valores vividos”.

Uma análise instrumentalizadora de Gramsci, através de uma abordagem de seus debates teórico-filosóficos e político-sociais, que o reduza a um mero herdeiro das construções filosóficas e econômicas de Marx e Lênin, impedirá ao intérprete alcançar a compreensão do pensamento gramsciano tal como ele deve ser percebido, ou seja, impedirá que seu leitor alcance sua análise crítica de muitas análises leninistas da realidade social e de como percebe-la, pois diferente desta última, a abordagem gramsciana se pauta na historicidade como pilar para o movimento dialético-materialista,

de modo que toda a abordagem metodológica dialético-materialista partirá da realidade.

Gramsci, neste ponto, pode ser visto como um dos poucos leitores de Marx que acresceu suas perspectivas ao pensamento deste, inovando-o, ou seja, alguém que propôs uma releitura para a abordagem metodológico-filosófica do materialismo histórico-dialético, que passa a ser compreendido em Gramsci, como filosofia da práxis.

Para compreender melhor a importância da práxis para a concepção dialético-materialista de base marxista, Girardi (1968, p. 23) aponta que a tarefa da práxis marxista, tal qual desenvolvida por Gramsci, reside, "(...) em primeira aproximação, no fato de ser ela assumida como critério de verdade e de valor: é verdadeiro, é valor aquilo que contribui para o êxito da praxe; é falso, é mal aquilo que a tal êxito se opõe".

Portanto, é possível identificar, pelo que se debateu acima, que visão gramsciana, que aproxima a abordagem materialista, histórica e dialética, de base marxista, daquilo que ele mesmo chama de filosofia da práxis, promove seu pensamento, ao status de fundamento racional para a vida em sociedade.

São essas as premissas apontadas por Girardi (1968, p. 24) para quem "o conceito de praxe é definido em função de um ideal de humanidade, a liberdade, em sentido ético e econômico, que é o verdadeiro critério último de valor e de verdade, a chave do sistema" histórico-materialista da dialética marxista.

Um fundamento não só político, mas, sobretudo, metodológico e pedagógico, o que lhe transforma em um importante referencial teórico na busca pela efetivação do projeto de transformação da sociedade através da emancipação social das classes oprimidas pelo contexto globalizante da contemporaneidade, fruto, por exemplo, do mercado de consumo, conforme demonstrado a partir do pensamento de Bauman exposto anteriormente.

O conceito de práxis, tal como desenvolvido por Gramsci a partir de suas leituras marxistas, neste sentido, remeterá seu interlocutor a compreensão de toda a extensão de sua proposta de abordagem histórico-dialético-materialista, sustento teórico-filosófico de sua *filosofia da práxis*.

Importantes, neste ponto, são as colocações de Betto (1986, p.35-36), que nos apresentará sua perspectiva libertadora acerca daquilo que vê e interpreta do marxismo como movimento racional, destacando que

[...] o marxismo é, sobretudo uma teoria da práxis revolucionária. Isso não impede que certos marxistas queiram transformá-lo numa espécie de religião com seus dogmas, fundada na leitura fundamentalista que faz das obras de Marx, Engels e Lênin uma nova Bíblia. Afinal o marxismo, como qualquer outra obra teórica, jamais poderá ter uma única leitura. [...] o processo epistemológico ensina que um texto é sempre lido a partir do contexto do leitor, sendo que "esses 'óculos' da realidade determinam a interpretação da teoria. [...] a obra de Marx pode ser lida pela ótica do materialismo positivista de Kautsky, do neokantismo de M. Adedler, do hegelianismo voluntarista de Gramsci ou objetivista de Lukács, do existencialismo de Sartre, do estruturalismo de Althusser, bem como a luta camponesa de Mao Tsé-Tung, da guerrilha cubana, da realidade peruana de José Carlos Mariátegui ou de inserção popular sandinista. [...] é utilizar a teoria marxista como ferramenta de libertação dos povos oprimidos e não como uma árvore totêmica ou Talismã, [...] fruto do Proletariado, o marxismo deverá ser sempre aferido por essa mesma luta, pois só assim não perderá seu vigor revolucionário para transformar-se numa abstração acadêmica.

Uma extensão que perpassará uma análise do fenômeno para além das perspectivas hegelianas, de matiz idealista, mas, contudo, sem deixar de compreender a existência de um valor (ideal) que deverá ser realizado pelo movimento dialético, e que, conforme se passará a debater abaixo, também existirá nos fundamentos cristãos do Cristianismo de Jesus de Nazaré, alocados nesta análise, na passagem bíblica conhecida do *Sermão do Monte*.

3 O SERMÃO DO MONTE COMO FUNDAMENTO DE UMA FILOSOFIA DA PRÁXIS PARA O CRISTIANISMO ¹¹

Após discutidos os fundamentos da compreensão gramsciana de uma abordagem metodológica histórica, materialista e dialética, base para a compreensão do que ele chamará de *filosofia da práxis*, o que pode ser percebido como um *fruto* decorrente de suas leituras marxista-leninistas, é necessário agora, indicar como os apontamentos teológico-filosóficos, ínsitos aos pilares do Cristianismo, podem ser vistos como fundamentais para a vida cristã em sociedade, ou seja, como podem ser compreendidos como uma filosofia da práxis para o cristianismo, o que se faz aqui a partir do que se conhece como *O Sermão do Monte*.

A fim de compreender melhor as determinações que embasam referida passagem bíblica, aqui retratada enquanto “o Sermão do Monte”, e tendo em vista a limitação espacial da presente pesquisa, o contexto histórico sob o qual o presente sermão ocorre, é resumido por Stott (1981), que nos diz que

o Sermão encontra-se no Evangelho de Mateus, logo no começo do ministério público de Jesus. Imediatamente após o seu batismo e tentação, Cristo começou a anunciar as boas novas de que o reino de Deus, há muito prometido no período do Velho Testamento, estava agora às portas. Ele mesmo viera para inaugurá-lo. Com ele nascia a nova era e o reinado de Deus irrompia na História. ‘Arrependei-vos’, clamava, ‘porque está próximo o reino dos céus. ‘Na verdade, ‘percorria Jesus toda a Galileia, ensinando nas sinagogas, pregando o evangelho do reino’ (v. 23). O Sermão do Monte, então, deve ser visto neste contexto. Descreve o arrependimento (metanóia, a total transformação da mente) e a retidão, que fazem parte do reino; isto é, descreve como ficam a vida e a comunidade humana quando se colocam sob o governo da graça de Deus.

É importante, então, destacar que, em decorrência do recorte epistemológico proposto neste trabalho, entende-se como pilares teológico-filosóficos do Cristianismo, fundamentais para a compreensão de uma filosofia da práxis para a vida cristã em sociedade, as determinações estampadas naquilo que se convencionou chamar de “O Sermão do Monte¹²”.

A partir dessas premissas, Stott (1981, p. 7) nos descreverá os ensinamentos lançados no referido sermão, como as bases do que chama de “contracultura cristã”, que se alicerça naquele momento, e passa a ser visto como uma nova perspectiva de ser, de ser em sociedade, de ser perante o outro, de dever ser, ou seja, uma práxis que, segundo ele

[...] é provavelmente a parte mais conhecida dos ensinamentos de Jesus, embora se possa argumentar que seja a menos compreendida e, certamente, a menos obedecida. De tudo o que ele disse, essas suas palavras são as que mais se aproximam de um manifesto, pois descrevem o que ele desejava que os seus seguidores fossem e fizessem.

Também é importante destacar, que nesta parte do presente trabalho, se analisará a práxis buscada por Jesus de Nazaré, e delineada no Livro de Mateus, sobretudo em seu Capítulo 5, sem que

11 Sobre o Cristianismo, é necessário destacar, sucintamente, seus elementos conceituais básicos de identificação, o que se faz aqui a partir da ideia de Trindade (Deus Pai, Deus Filho – sendo Deus filho a consubstanciação de Deus Pai, daí a compreensão da divindade de Jesus de Nazaré, (Deus que andou entre os homens) – e Deus Espírito Santo).

12 Para analisar essa passagem da Bíblia dos Cristãos, conhecida como O Sermão do Monte ou O Sermão da Montanha, utilizou-se a versão bíblica conhecida como Revista e Atualizada. Sobre a nomenclatura usada para designar a supracitada passagem bíblica, não se fará distinção entre as várias possibilidades de sua identificação, ou seja, tratá-la-emos por Sermão do Monte ou Sermão da Montanha, destacando, tão somente, que se objetivará analisar as diretrizes expostas. Por fim, é necessário frisar que neste ponto do trabalho, sempre que nos referirmos ao Cristianismo o faremos, assim como nos advertiu Betto (1981, p. 11), considerando “(...) suas expressões históricas – a partir de seu fundamento bíblico”.

ela seja logo vinculada, ou aproximada, com os desdobramentos teóricos-filosóficos do materialismo -histórico dialético de base marxista, em especial, nos termos destacados acima, a partir de Gramsci e de sua filosofia da práxis, haja vista que tal aproximação será feita na terceira parte desse estudo, deixando esse espaço para a análise das bases fundantes do referido *Sermão do Monte*.

Toda a fundamentação do Cristianismo está na mensagem base da Bíblia dos Cristãos, uma mensagem que a perpassará desde seu início, até seu fim, qual seja, “o chamado do povo de Deus”, um chamado que se cristaliza no Sermão do Monte, através de diretrizes que os indivíduos deverão tomar em suas vidas, a fim de que, por meio delas, possam viver em sintonia uns com os outros, a partir de uma vida plena e harmônica.

Essa é a razão de Stott (1981, p. 8-9) considerar como o texto base do Sermão do Monte, a passagem descrita no Cap. 6, v. 8, que determina aos cristãos, que não se assemelhassem aos não cristãos, ou seja, que rompessem com o *modus vivendi* até então padronizado pela sociedade da época, pois, segundo ele

o caráter deles teria de ser completamente diferente daquele que era admirado pelo mundo (as bem-aventuranças). [...] O Sermão do Monte é o esboço mais completo, em todo o Novo Testamento, da contracultura cristã. Eis aí um sistema de valores cristãos, um padrão ético, uma devoção religiosa, uma atitude para com o dinheiro, uma ambição, um estilo de vida e uma teia de relacionamentos: tudo completamente diferente do mundo que não é cristão.

Essas diretrizes estabelecidas na mencionada passagem bíblica, devem ser compreendidas, neste sentido, como as bases fundamentais dos ensinamentos de Jesus de Nazaré, verdadeiros mandamentos para que o povo que lhe seguia, se transformasse, rompendo com os padrões estipulados pela sociedade secular na qual estava inserido, fundamentando uma contracultura de base cristã.

Acerca das diretrizes estabelecidas no Sermão do Monte, é possível organizá-las em sete assuntos básicos, todos, segundo Stott (1981, p.11-12), importantes e necessários aos indivíduos em sociedade, quais sejam: I) o caráter do cristão (Mt. 5: 3-12); II) a influência do cristão (Mt. 5: 13-16); III) a justiça do cristão (Mt. 5: 17-48); IV) a piedade do cristão (Mt. 6: 1-18); V) a ambição do cristão (Mt. 6: 19-34); VI) os relacionamentos dos cristãos (Mt. 7: 1-20); VII) uma dedicação cristã (Mt. 7: 21-27).

Diante desses vários assuntos e da extensão do referido sermão, o recorte aqui proposto se dá a partir daquilo que é conhecido do Cristianismo como as *bem-aventuranças*, ou seja, os oito sinais básicos e principais da conduta e do caráter dos cristãos em sociedade, nas relações que mantém com o outro, seja esse partidário de suas aflições e necessidades, ou não.

As bem-aventuranças aparecem no Capítulo 5, Versículos 3 a 12, do Livro de Mateus, no Novo Testamento da Bíblia dos Cristãos, e dispõem que

- 3 – Bem-aventurados os humildes de espírito, porque deles é o reino dos céus.
- 4 – Bem-aventurados os que choram, porque eles serão consolados.
- 5 – Bem-aventurados os mansos, porque eles herdarão a terra.
- 6 – Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça porque eles serão fartos.
- 7 – Bem-aventurados os misericordiosos, porque eles alcançarão misericórdia.
- 8 – Bem-aventurados os limpos de coração, porque eles verão a Deus.
- 9 – Bem-aventurados os pacificadores, porque eles serão chamados filhos de Deus.
- 10 – Bem-aventurados os que são perseguidos por causa da justiça, porque deles é o reino dos céus.
- 11 – Bem-aventurados sois vós, quando vos injuriarem e perseguirem e, mentindo, disserem todo mal contra vós por minha causa.
- 12 – Alegrai-vos e exultai, porque é grande o vosso galardão nos céus; porque assim perseguiram aos profetas que foram antes de vós.

Esse conjunto de atitudes e atribuições lançadas por Jesus de Nazaré como os fundamentos da vida cristã em sociedade, são qualidades que pertencem ao mesmo grupo de indivíduos, um grupo formado por pessoas que são vistas como “[...] mansas e misericordiosas, humildes de espírito e limpas de coração, choram e têm fome, são pacificadoras e perseguidas” (STOTT, 1981, p. 14).

A fim de corroborar as características que deverão embasar uma ruptura com a prática do cotidiano da sociedade da época, em face das pessoas sob as quais as bem-aventuranças são dirigidas, conclui o mesmo Stott (1981, p. 14) que

[...] o grupo que exhibe estes sinais não é um conjunto elitista, uma pequena aristocracia espiritual distante da maioria dos cristãos. Pelo contrário, as bem-aventuranças são especificações dadas pelo próprio Cristo quanto ao que cada cristão deveria ser. Todas estas qualidades devem caracterizar todos os seus discípulos.

Assim, esse núcleo ético-cristão estabelecido nas bem-aventuranças, compreendido como um pilar, a partir da vida e dos ensinamentos de Jesus de Nazaré, e pronunciado a todos que, em sociedade, já não mais se reduziram às práticas político-sociais até então tidas como socialmente válidas e moralmente aceitáveis, como um caminho para uma nova realidade, uma nova vida, ou seja, um caminho por meio do qual a prática vivencial de virtudes, como a justiça, a humildade, a mansidão, a misericórdia, entre outras, transformaria o modo como os homens se relacionam em sociedade.

Os objetivos traçados nas bem-aventuranças, portanto, buscam que os sujeitos em sociedade reconheçam a necessidade de identificar sua condição de seres sociais, o que, para os ensinamentos cristãos, está para além das ideias contidas no *Zoon Politikón* Aristotélico, ao passo que impõe a tais pessoas, condutas diferentes da submissão do outro, de sua subjugação ou do acovardamento e aceitação do que lhes é imposto sócio politicamente.

O que se busca, desta feita, é que o indivíduo em sociedade não se esconda de suas responsabilidades com o outro, do com seio social, mas, ao contrário, as reconheça e as pratique, se ofereça para desempenhar tudo o que pode e tem que fazer, seja responsável¹³, cuidadoso e amoroso com o seu semelhante.

Numa nuance diferente dessa perspectiva de responsabilidade com o outro, mas, também, importante para a emancipação do subalterno, do outro oprimido pela realidade em que está inserido, Lévinas (2007, p. 129) estabelece o que chama de ética da alteridade (e da responsabilidade – KROHLING, 2011), onde, segundo ele, o relacionamento entre os Homens estará “[...] numa não diferença de uns para com os outros, numa responsabilidade de uns para com os outros”.

Assim, essa ética da alteridade possui o objetivo principal levar o eu, construído a partir da racionalidade moderna ocidental destaca acima, a descobrir, desencobrir, aceitar e dialogar com o outro, de modo a possibilitar sua incorporação enquanto ser social, político e cultural de uma dada sociedade, nos momentos de formação do Estado e, sobretudo, das discussões para a construção de um sentido aos Direitos Humanos. O outro, portanto, possibilitaria um resgate do eu que se encontra perdido em si mesmo (SILVA, 2014, p. 158-159).

Portanto, como se percebeu, a filosofia da práxis cristã, forma um conjunto teórico-metodológico capaz de sintetizar como o cristão deverá atuar em seu meio, interpretando ou praticando os atos de sua vida em sociedade, sendo que, é a partir desse sentido, que busca-se a partir de então, analisar uma possível aproximação entre o materialismo-histórico-dialético, de base marxista-gramsciana, com a debatida *filosofia da práxis cristã*.

13 Para um maior aprofundamento dos debates estabelecidos a partir de Lévinas, ver Lévinas (2007) e Krohling (2011), Aloísio. A Ética da Alteridade e da Responsabilidade. Curitiba: Juruá, 2011.

A referida aproximação a ser analisada aqui, busca, conforme destacado já na introdução deste trabalho, romper com uma perspectiva que afasta, aprioristicamente, as abordagens marxistas e cristãs, ou seja, antagonizam tais visões de mundo, como se fossem inconciliáveis ou, até mesmo, contrárias uma a outra, de modo que se o indivíduo se declarar um adepto ao marxismo, necessariamente, não poderia professar qualquer credo religioso.

Sobre essa perspectiva, e afirm de romper com tais premissas que hoje estão mais embasadas num senso comum do que por aspectos científicos, Betto (1986, p. 26-27) aponta que

[...] como Prometeu para quem o ‘homem é a divindade suprema’, Marx rejeita todos os deuses, participa das lutas antirreligiosas na Universidade, combate a união entre a Igreja e o Estado, considera que toda concepção religiosa é irracional e deixa-se imbuir pelas ideias do liberalismo francês, [...] de seu ateísmo filosófico, Marx evolui para uma abordagem dialética da religião na medida em que considera sua dimensão positiva de ‘protesto contra a miséria real’. Como cientista, já não retoma sua indignação prometeica contra os deuses, não diz que ‘Deus é o ópio do povo’, mas sim a religião, esse fenômeno sociocultural que pode ser analisado assim como a família, nunca o amor que une João e Maria e que, como a fé em Deus escapa a todos os instrumentos científicos de análise. [...] de 1845 até a sua morte em 1883, Marx considera a religião enquanto uma forma de consciência social, dentro da esfera da superestrutura ideológica. Já não há nele uma posição antirreligiosa, mas sim a-religiosa, de quem procura não se afastar do terreno empírico da ciência e enfoca o mundo religioso enquanto reflexo do mundo real. Como mercadoria, a religião é um fetiche que oculta à realidade que está por trás. Em outras palavras, ela é uma manifestação ideológica.

Contudo, é importante destacar que mesmo com todos esses aportes teóricos tracejados por Betto (1986), é necessário reconhecer que não foram suficientes para impedir que a Igreja se reconciliasse com a ordem capitalista do século XX, passando a visualizar as ideologias socialista-comunistas e, conseqüentemente, a filosofia e as abordagens metodológicas de base marxista, como “(...) inimigos intrinsecamente perversos da fé cristã – embora tenham existido sempre, no seio do catolicismo (e das igrejas protestantes), indivíduos, grupos e correntes atraídos pelas doutrinas evolucionárias modernas” (LÖWY, 1989, p. 10), conforme se discutirá no próximo ponto desta pesquisa.

4. UMA ANÁLISE FILOSÓFICO-METODOLÓGICA DA DIALÉTICA MARXISTA GRAMSCIANA

[...] a elaboração de uma doutrina aberta ao diálogo deve ter, para os intelectuais cristãos e marxistas, o valor de um interesse recíproco: o de trabalhar para fazer o diálogo descer progressivamente do céu das ideias à terra das instituições e das relações vividas. Aqui, como alhures, não podemos contentar-nos com contemplar o mundo: trata-se de transformá-lo (GIRARDI, 1968, p. 193).

Para a compreensão da filosofia da práxis, tal como identificada por Gramsci, é importante ressaltar alguns aspectos, mesmo que, de forma geral, já debatidos acima, mas que são essenciais, neste momento do trabalho, onde as ideias gramscianas devem estar frescas na interlocução do leitor, haja vista a análise aqui realizada surgir como um síntese do movimento dialético proposto através de uma abordagem múltipla, conforme demonstrado já na introdução do presente debate.

Neste sentido, ressalta-nos Gramsci (1975, p. 1860) que a filosofia da práxis “[...] é a coroação de todo esse movimento intelectual e moral dialetizado entre cultura popular e alta cultura. Ela corresponde ao nexos reforma protestante e revolução francesa: trata-se de uma filosofia que é também política e de uma política que é também filosofia”.

Tal passagem, assevera, Bordin (1987, p. 121), nos demonstra como Gramsci considera a filosofia da práxis (materialismo histórico-dialético de base marxista, “[...] como uma reforma mais radical

que as precedentes, enquanto as engloba e supera atingindo não só a alta cultura (dos intelectuais) como também a cultura popular e de massa”.

Assim, antes de iniciarmos a análise em resposta ao problema formulado alhures, é importante relembrar, mesmo que sinteticamente, onde se acha a dialética de base marxista, no contexto de formação do pensamento dialético enquanto abordagem metodológico-filosófica.

Neste sentido, além dos diálogos de Platão, e da metafísica Aristotélica, na antiguidade foi Heráclito de Éfeso (540 a 480 a.C.), talvez, um dos mais influentes difusores da perspectiva dialética em suas análises compreensivas dos fenômenos físicos, biológicos ou político-sociais, de modo que para uma considerável parcela dos historiadores, fora ele o precursor da dialética, ao identificar, dentre outros aspectos, que a realidade, a natureza em si, é fruto de um eterno vir a ser, ou seja, está em constante transformação, em constante movimento, daí a conclusão de que o elemento primordial da existência, é o fogo, agente eterno de transformação, de mudança¹⁴ (CASTILHO, 2012, p. 26).

Mas foi com Hegel ou, simplesmente, Hegel (1770 a 1831) que o debate da dialética como abordagem metodológica começou a se formatar tal e qual a concebemos neste trabalho, pois com ele está concepção foi retomada, reavivada, num ponto tal, que pode ser compreendida como um retornar, um resgate do pensamento heraclitiano.

A partir de então, é possível perceber que para Hegel, o que seria elementar para o conhecimento do Homem e para a compreensão de sua racionalidade, seria a descoberta de um *Espírito Universal*, exteriorizado através da natureza (físico) e da cultura (psicológico), sendo que, segundo Hegel, esse Espírito poderia ser identificado na ideia de *Razão*, ou seja, o *logos*, que a partir do momento em que surge no universo, em desvelamento, o descobre e o transforma.

A História para Hegel, nesse ponto, surgiria como resultado da ação desse *Espírito Absoluto* sobre o mundo, o que seria perceptível por meio do seu agir artístico, científico ou técnico, bem como da formação de instituições como a religião, a filosofia, as leis, a política, entre outras, de modo que a Dialética em Hegel, portanto, seria a abordagem metodológica por meio da qual o *Espírito Absoluto* se reconheceria ao operar sobre o mundo, ou seja,

O método dialético hegeliano tem por objetivo apreender o concreto e o universal, não o individual e o abstrato. Daí que na apreensão concreta do real busque a unidade entre o ser e o pensamento. Trata-se, em verdade, de um processo dinâmico que se repete sem cessar, no qual aquilo que é se contrapõe à sua expressão exterior, alcançando com isso uma nova forma de ser, superior à que era antes (CASTILHO, 2012, p. 141).

Assim, sempre que o *Espírito Absoluto* hegeliano se efetiva no mundo, reflete a si mesmo, ou seja, reconhece-se em formas anteriores, e busca superá-las, de modo que aqui Hegel reconhece a contradição como o fundamento da relação entre o Espírito Absoluto e o universo, a realidade existente, uma contradição que passa a ser vista como elemento de transformação do Homem em sociedade, de ruptura, de fratura com o que não mais atende aos anseios desse Ser.

Sobre essas perspectivas teóricas hegelianas, Castilho (2012, p. 141) destacará que

o sistema dialético de análise da realidade de Hegel está fundado sobre três elementos [...]: os momentos do Ser, da Natureza e do Espírito. O Ser se refere ao conjunto dos elementos lógicos da realidade. A ideia é algo concreto, o princípio inteligível da realidade que existe na consciência, sujeito ao processo dialético da tese, antítese e síntese. A natureza é a manifestação do Ser no mundo fenomênico. É a forma pela

14 Sobre a eterna transformação percebida como essência da realidade, é de Heráclito a famosa passagem sobre o fato do mesmo Homem, em constante transformação, não conseguir, tomar banho duas vezes no mesmo rio, também em perene transformação.

qual a ideia se exterioriza no espaço e no tempo, realiza-se, ganhando concretude e tangibilidade. O espírito é, afinal, a síntese entre a ideia inicial e sua natureza, que ganha substância. É a consciência da realidade. Deus é o espírito absoluto – daí porque o sistema filosófico de Hegel é baseado na fé. O homem é o espírito finito (ou espírito subjetivo), a sociedade é o espírito objetivo. A natureza, por sua vez, é finita mas não é espírito, porque faz parte das relações externas ao homem. O espírito encontra-se, pois, em uma posição elevada em relação ao Ser e à Natureza. Representa a ascensão histórica do humano ao divino.

A dialética hegeliana começa a ser superada por Marx e Engels, quando constata-se que a história não pode ser compreendida como um fenômeno linear, homogêneo, monolítico, bem como, que ela não se mecaniza, como uma locomotiva em linha reta, ao ser conduzida por um *Espírito Absoluto*, pois o que existe na realidade do Ser, são diferenças, contrastes, povos e classes (ambos, no plural), com vontades e interesses diferentes e, até mesmo, antagônicos entre si.

Sobre essa percepção de base marxista, Betto (1986, p.30) destacará, a partir da relação entre o marxismo e o cristianismo, que

são os homens que fazem a história e, dentro dela, o fenômeno religioso deve ser encarado em suas dimensões particular e funcional, ou seja, a religião não existe em abstrato, mas concretamente encarnada na vivência social e política de pessoas situadas historicamente e que mantêm entre si determinadas relações de Produção. Por isso Marx estuda a inter-relação que há entre Cristianismo e sociedade capitalista.

De modo que, foi com Karl Marx (1818-1883) e Friederich Engels (1820-1895) que a discussão acerca da dialética superou os fundamentos idealistas da leitura hegeliana, do início do século XIX, ou seja, foi com os estudos e escritos de Marx e Engels que o materialismo histórico-dialético se construiu como abordagem metodológica de compreensão e discussão da transformação dos fenômenos, principalmente, dos sociais, acreditando, diferentemente de Hegel, neste ponto, que as mudanças somente no campo das ideias não seriam determinantes, para a definição da realidade (CASTILHO, 2012, p. 160-161).

Ao contrário, para a leitura marxista, somente as transformações decorrentes e produzidas na realidade material do Ser, seriam determinantes para efetivar as mudanças queridas à racionalidade dominante, de modo que Marx e Engels podem ser compreendidos como leitores críticos de Hegel, pois promoveram uma interpretação político-metodológico-filosófica da dialética exposta em Hegel, a partir de sua análise materialista, invertendo, assim, sua análise de caráter idealista, pois o debate não se daria “no mundo das ideias”, mas voltar-se-ia para o *chão da vida*.

Marcondes, a partir do debate entre a leitura de Marx e Engels da dialética hegeliana, ressaltará, portanto, que “a crítica de Marx a Hegel e aos hegelianos diz respeito fundamentalmente a seu *idealismo*” (2010, p. 233 – grifos do autor), pois segundo Marx,

A interpretação hegeliana do processo histórico e da formação da consciência restringe-se ao plano das ideias e representações, do saber e da cultura, não levando e conta as bases materiais da sociedade em que este saber e esta cultura são produzidos e em que a consciência individual é formada (MARCONDES, 2010, p. 233).

A partir de então, para o debate marxista da dialética, as transformações da realidade não se dariam a partir de uma construção racional fincada numa perspectiva idealista, fruto do movimento racional de um *Espírito Absoluto*, mas ao contrário, seria a própria concepção racional da realidade existente quem determinaria o campo das ideias.

Assim, a análise de Gramsci acerca da dialética, conforme debatido acima, atrela-se àquilo que

chama de filosofia da práxis, o que, segundo Khroling (2014, p. 76), demonstra como Gramsci “(...) defende uma notável matriz epistemológica, tendo a dialética e a práxis como as duas grandes categorias de análise da realidade socioeconômica-cultural-política, sem fragmentar as quatro dimensões, mas levando-as à totalidade numa visão de filosofia da história”.

5 INCONCLUSIVAS CONCLUSÕES¹⁵: A FILOSOFIA DA PRÁXIS E O SERMÃO DO MONTE

Feito esse pequeno aporte histórico sobre algumas leituras do movimento dialético, a partir de então, tem-se os mecanismos teóricos, históricos e metodológicos suficiente para fundamentar uma resposta ao problema de pesquisa construído alhures, de modo que análise proposta aqui, qual seja, de aproximação entre o materialismo histórico-dialético de base marxista, e em especial, a partir das leituras de Gramsci, com os fundamentos de uma filosofia da práxis do cristianismo, sintetizada na passagem bíblica do Sermão do Monte, já se mostra possível.

É necessário destacar aqui que movimentos da década de 1960 (que discutiam temas voltados para o cenário político-social, tais como: alienação capitalista, condição proletária, classe operária, entre outros) como a Juventude Universitária Católica, representam, por exemplo, no contexto brasileiro e latino-americano, tentativas, já naquela época, de aproximação entre o marxismo e o cristianismo (LÖWY, 1989, p. 12).

Visualizando aproximações em vários assuntos e temas, Löwy (1989, p. 8-10) constrói aproximações entre uma perspectiva social, de base marxista e fruto de uma construção histórico, dialética e materialista da realidade, e o cristianismo, de onde é possível destacarmos alguns pontos, tais como

[...] a libertação dos escravos e oprimidos como imperativo moral e como processo histórico. [...]. a valorização do pobre como vítima inocente da injustiça e como imune à corrupção imperante; o imperativo moral de agir para salvar o pobre. [...]. Universalismo. [...]. crítica do individualismo [...]. valorização da comunidade [...]. anticapitalismo [...]. a esperança de um futuro reino de justiça e liberdade, de paz e fraternidade entre os seres humanos.

Tanto o marxismo quanto o cristianismo, para Löwy (1989, p. 9), nestes termos, podem ser vistos como abordagens críticas do individualismo puro, ou seja, daquele individualismo racional, liberal, hedonista ou empirista, que não reconhece o valor e a necessidade da interação entre o Eu e o Outro, subalternizando todos aqueles que não se adequem ao padrão estabelecido como limite de pertencimento, ou não, de uma dada sociedade.

Sobre esse ponto, e corroborando a necessidade de aprofundar o debate, importantes também são as conclusões apresentadas por Klugman (1969, p. 3) para quem

o campo comum, ao que parece, pode estender-se ao nosso interesse pelo homem, ao nosso desejo de melhorar e modificar radicalmente o mundo, ao nosso desejo de um mundo onde todos os seres humanos individuais possam desenvolver seus diversos talentos, ao fato de que o homem individual se desenvolve como uma parte da sociedade, da comunidade, e de que, por conseguinte, o tipo de sociedade em que vive o concerne de modo vital. Há muito campo comum em nossas visões mútuas de um mundo de irmãos, sem barreiras de classe, raça ou nação, um mundo onde o homem não é mais o inimigo do homem, onde a exploração do homem pelo homem está terminada.

¹⁵ Essa expressão é emprestada de Couto (2011, p. 197-202).

Outro exemplo marcante sobre uma aproximação possível entre a racionalidade cristã e a filosófica, é apontado por Badiou (2009, p.11-12), para quem a fundação do universalismo enquanto modo de racionalização, é uma construção desenvolvida, sobretudo, por Paulo de Tarso através de suas Cartas, ou seja, podemos retirar daí uma racionalidade

que vai nos reter na obra de Paulo é [...] a conexão que estabelece uma passagem entre uma proposição sobre o sujeito e uma interrogação sobre a lei. [...] para Paulo, trata-se de explorar qual é a lei que pode estruturar um sujeito sem qualquer identidade e suspenso a um acontecimento, cuja única 'prova' é justamente sua declaração por um sujeito. [...] um sujeito sem identidade e uma lei sem suporte funda a possibilidade na história de uma predicação universal [...]. Paulo reduz, por razões cruciais, o cristianismo a um único enunciado: Jesus ressuscitou.

Essas aproximações também são reconhecidas por Comblin (1984, p. 292 *apud* MUELLER, 1996, p. 73), pois, segundo sua análise da relação entre marxismo e cristianismo, o primeiro

[...] salienta vários temas que tem nitidamente a sua origem no cristianismo, isto é, na tradição judeu-cristã, na Bíblia em última instância. Deu a esses temas de origem cristã uma inflexão nova, aplicações que, para os cristãos, não estão na intenção dos autores bíblicos e constituem desvios de doutrina. Contudo esses temas bíblicos ainda estão aí bem reconhecíveis mesmo dentro da síntese marxista.

Ademais, sobre tais possibilidades também é importante ressaltar – mesmo que não faça parte do recorte epistemológico proposto nesta pesquisa – o movimento da Teologia da Libertação¹⁶, que é fruto de debates teológico-filosófico-sociais sul-latino-americano, pode ser compreendido como o espaço onde essa aproximação talvez tenha sido mais fecunda nas últimas décadas, principalmente, em contextos de países periféricos e de desenvolvimento tardio como os latino-americanos.

Conforme destacado acima, em atenção ao recorte epistemológico proposto nesta pesquisa, bem como ao espaço limitado de um artigo, a análise da Teologia da Libertação não será realizada pormenorizadamente.

Mas compreendendo que são importantes as contribuições, por exemplo, dos irmãos Boff (1985, p. 19) para a temática apresentada e debatida aqui, sobretudo, quando percebem a possibilidade de uma aproximação frutífera entre o marxismo e o cristianismo, o que segundo, eles, pode ser feito através dos pobres, ou seja, “[...] refletir a partir da prática, no interior do imenso esforço dos pobres com seus aliados”, sejam esses, marxistas ou cristãos.

E mais, conclui Boff (1986, p. 102) sobre a teologia da libertação, que tal perspectiva “[...] pressupõe uma experiência espiritual de encontro com o Senhor na massa dos pobres. A teologia é um esforço de aprofundamento e sistematização desta experiência”.

Daí a importância da abordagem do múltiplo dialético como chave metodológica para realização da análise problematizada aqui, pois segundo Krohling (2014, p. 78) “a dialética vai pressupor o múltiplo dialético, caracterizando o sentido da mudança, na sempre constante luta das contradições, presente na história da filosofia desde Heráclito, no período pré-socrático”, ou seja, “a multiplicidade é aberta à alteridade e à interculturalidade, propiciando uma melhor forma de se compreenderem os contrários”.

Assim, tanto as concreções teórico-filosóficas de base marxistas, vistas aqui a partir de um debate gramsciano, quanto a praxe cristã do Sermão do Monte, sintetizada no que se conhece como

16 Para um debate mais aprofundado acerca da aproximação entre a Teologia da Libertação e suas bases marxistas, ver também Bordin (1987); Mueller (1996); Löwy (1989).

bem-aventuranças, podem ser compreendidas como ferramentas para análise da realidade do Homem em sociedade, sobretudo quando essa realidade se mostra devastadora, por onde os relacionamentos políticos, sociais, culturais, ou seja, humanos, perdem-se frente a virtualização econômico-consumista dos tempos atuais.

Sob tais discussões, Girardi (1968, p. 49) percebe no marxismo um caminho por onde respostas reais, para problemas reais, da vida humana, podem ser identificados, discutidos e transformados, ou seja, para ele

Este apelo à concreção da vida, em contraste com teorias abstratas da liberdade ou da perfeição, faz do marxismo uma resposta a problemas autênticos e sentidos por cada homem. A análise da alienação econômica denuncia corajosamente uma situação desumana realíssima em que viviam, e em que ainda vivem, muitíssimos trabalhadores: é a situação de grande parte da humanidade, atormentada pela fome e pela miséria, em condições de trabalho injustas e precárias, privada das infraestruturas materiais que lhe consintam viver uma vida realmente humana. Destes dramáticos problemas ocupa-se o marxismo: deles propõe uma solução que, em muitos casos, pode aparecer como a única concreta; nesta solução empenha ele a sua ação eficaz.

Não é mais o momento de se antagonizar racionalidades que, no *chão da vida*, buscam melhorar o relacionamento entre os seres humanos, para que a vida em sociedade seja conduzida por uma visão do *Outro*, do diferente, do múltiplo, como alguém importante, e cuja subalternização e inferiorização, seja debatida, discutida e transformada.

Tanto a *filosofia da práxis* gramsciana, de base histórico-materialista-marxista, quanto as *bem-aventuranças* do Sermão do Monte cristão, se fundamentam como uma busca constante pela transformação da realidade, ou seja, não passa de um movimento dialético de ruptura, a partir do qual o *modus vivendi* se alterará a fim de que todos possam gozar dos bens da vida, e não somente alguns partidários de determinados padrões econômico, sociais e seculares.

É possível, portanto, se efetivar uma aproximação entre essas duas perspectivas teórico-filosóficas, desde que, conforme se debateu durante todo trabalho, seja realizada a partir de uma concepção dialética (múltiplo dialético), por onde as diferenças que, reconhecidamente existem, não sejam empecilho para o diálogo, pois, no fundo, o que ambas abordagens buscam, não é uma simples contemplação do *mundo da vida* tal como ele é, e está, mas, ao contrário, uma árdua e constante (praxe) transformação.

REFERÊNCIAS

BADIOU, Alain. *São Paulo: a fundação do universalismo*. Trad. por BRANT, Wanda Caldeira. São Paulo: Boitempo, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. trad. por MEDEIROS, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BETTO, Frei. *Cristianismo e Marxismo*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

BOFF, Clodovis e BOFF, Leonardo. *Como Fazer Teologia da Libertação*. Petrópolis: Vozes, 1986.

BOFF, Leonardo. *E a Igreja se Fez no Povo – Eclesiogênese: a Igreja que Nasce da Fé do Povo*. Petrópolis: Vozes, 1986.

BORDIN, Luigi. *Marxismo e Teologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Dois Pontos, 1987.

CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

COMBLIN, José. *Teologia e Marxismo na América Latina*. In.: *Perspectivas Teológicas*, nº 16, 1984, p. 291-331, *apud* MUELLER, Ênio R.. *Teologia da Libertação e Marxismo – uma relação em busca de explicação*. São Leopoldo: Sinodal, 1996.

COUTO, Mia. *E se Obama fosse Africano?*. Artigo publicado no jornal Savana, Maputo. In.: *E se Obama Fosse Africano?: e outras intervenções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 197-202.

FORRESTER, Viviane. *O Horror Econômico*. trad. por LORENCINI, Álvaro. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

GIRARDI, Júlio. *Marxismo e Cristianismo*. Trad. por BARETTO, Geraldo Dantas. São Paulo: Edições Paulinas, 1968.

GRAMSCI, Antonio. *El Materialismo Histórico y La Filosofía de Benedetto Croce*. Trad. por FLAMBAUN, Isodoro. Buenos Aires: Nueva Visión, 1971.

GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del Carcere (a cura di Valentino Gerratana)*. Vol. III. Torino: Einaudi, 1975 *apud* BORDIN, Luigi. *Marxismo e Teologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Dois Pontos, 1987.

KLUGMANN, James. *Prefácio*. In.: KLUGMANN, James (coord.). *Cristianismo e Marxismo*. Trad. por FLAKSMAN, Dora Rocha. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

KROHLING, Aloísio. *Dialética e Direitos Humanos – múltiplo dialético: da Grécia à Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

KROHLING, Aloísio. *A Ética da Alteridade e da Responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia – dos pré-Socráticos a Wittgenstein*. 13.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito*. trad. por GAMA, João. Revisão por MOURÃO, Arthur. Lisboa: Edições 70, 2007.

LÖWY, Michael. *Marxismo e Cristianismo na América Latina*. In.: Lua Nova, São Paulo, nº19, Novembro, 1989. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n19/a02n19.pdf> >. Acessado em: 10 de Jun. de 2016.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I. Vol I. Trad. por SANT'ANNA, Ricardo. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I. Vol II. Trad. por SANT'ANNA, Ricardo. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

MARX, Karl. *Contribuições à Crítica da Economia Política*. Trad. por ALVES, Maria Helena Barreiro. 4ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

QUINTANEIRO, Tania e OUTROS. *Um Toque de Clássicos: Marx, Drukheim, Weber*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo – para uma nova cultura política*. 2.ed. São Paulo: Editora Cortez, 2008.

SILVA, Heleno Florindo da. *Teoria do Estado Plurinacional – o novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

STOTT, Jonh R. W.. *Contracultura Cristã: a mensagem do Sermão do Monte*. São Paulo: ABU Editora, 1981.

Recebido em: 09/06/2017

Aprovado em: 21/12/2017

Como citar este artigo (ABNT):

BUSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; SILVA, Heleno Florindo da. *O sermão do monte e a filosofia da práxis de Gramsci: para além das incompatibilidades a priori*. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.108-126, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A EFETIVIDADE DA FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL NUMA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO PENAL

THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUCIONAL LEGISLATION STRENGTH IN A COMPREHENSIVE PERSPECTIVE BETWEEN CIVIL LAW AND CRIMINAL LAW

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues¹

Alexandra Fonseca Rodrigues²

RESUMO: Este artigo apresenta a proposta de estudar a real eficácia da força normativa constitucional nos principais campos da Ciência Jurídica, quais sejam, o Direito Civil, como representante do Direito Privado, e o Direito Penal, filiado ao Direito Público. Analisando, no contexto dos paradigmas estatais históricos, a evolução da codificação, descodificação e constitucionalização destes ramos jurídicos; objetiva-se apontar os principais avanços e dificuldades de cada sistema, com a finalidade de confecção de uma síntese que possa definir os meios mais adequados para o alcance de uma constitucionalização do ordenamento jurídico como um todo. Entendendo o ordenamento nacional como sistema e, atribuindo à Constituição o papel de norma fundamental ou princípio unificador de todo este conjunto de elementos; acredita-se ser possível pugnar pela observância da eficácia dos direitos fundamentais e pelo atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana em toda e qualquer seara jurídica.

Palavras-chave: Força normativa constitucional; eficácia dos direitos fundamentais; direito civil; direito penal.

ABSTRACT: This article presents the proposal to study the real effectiveness of constitutional normative force in the main fields of Legal Science, namely Civil Law, as a representative of Private Law, and Criminal Law, affiliated to Public Law. Analyzing, in the context of historical state paradigms, the evolution of the codification, decoding and constitutionalisation of these legal branches; It aims to point out the main advances and difficulties of each system, with the purpose of preparing a synthesis that can define the most appropriate means for achieving a constitutionalisation of the legal system as a whole. Understanding the national order as a system and, attributing to the Constitution the role of fundamental rule or unifying principle of this whole set of elements; It is believed that it is possible to strive for the observance of the effectiveness of fundamental rights and for the fulfillment of the principle of the dignity of the human person in every legal field.

Keywords: Constitutional normative force; efficacy of fundamental rights; civil law; criminal law.

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal junto à Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia junto à Faculdade Ideal (FACI). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

2 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado com o objetivo de analisar a força normativa da Constituição Federal brasileira ao incidir sobre o ordenamento Civil e, comparativamente, sobre o ordenamento penal. Assim, almeja-se entender em qual nível de consonância com os preceitos constitucionais cada um dos mencionados ramos do Direito se encontra; para, por fim, buscar-se apontar os pontos que podem ser reforçados para uma maior e mais efetiva constitucionalização das normas jurídicas nacionais como um todo; trazendo-se sempre em mente a ideia sistematizada ou sistemática de ordenamento jurídico. Para tanto, será perquirido o que é, e como funciona a força normativa constitucional, bem como será demonstrada a importância de tal axioma jurídico para a realização efetiva dos direitos fundamentais seja na seara pública ou privada.

Para melhor contextualização, será fundamental o entendimento acerca da importância da evolução dos paradigmas estatais para a contextualização política e jurídica da extensão desta eficácia que se almeja atribuir aos direitos fundamentais. Assim, será dada maior relevância aos principais modelos de Estado que influenciaram, no decorrer dos séculos, a evolução social e a produção jurídica, quais sejam: o Estado Liberal, pautado nos princípios da legalidade e da igualdade formal; o Estado Social, fomentador da igualdade material e da solidariedade; e, por fim, o modelo de Estado Liberal-social, tido como paradigma atual. Uma vez situados historicamente e politicamente, poderá ser realizada a efetiva análise da Teoria da Força normativa Constitucional nos moldes como foi desenhada por seu maior idealizador, o constitucionalista alemão, Konrad Hesse.

Num segundo momento, será analisado o processo de constitucionalização do ordenamento privado nacional. Realizando-se, novamente, a observação deste fenômeno nos paradigmas liberal e social e focando, sobretudo, nos processos de codificação civilista e separação entre Direito Público e Direito Privado; descodificação, com o avanço dos microssistemas legislativos e legislações extravagantes e, por fim, constitucionalização do Direito Civil. Neste último momento, serão explicitados os principais efeitos desta mudança, quais sejam: a horizontalização da eficácia dos direitos fundamentais na seara privada; a relativização da tradicional dicotomia entre público e privado; e a personalização e despatrimonialização do Direito civilista.

Posteriormente, serão estudados os limites da normatividade no Direito Penal brasileiro; bem como, será demonstrada a maior dificuldade de constitucionalização do mesmo, numa tentativa de apontar alguns dos motivos que causam tal imbróglio. Para isto, será verificada a rigidez inicial atribuída pelo legislador ordinário ao Código Penal e a fundamentação para tanto, e também a maior abertura que o desenvolvimento da Ciência de Política Criminal atribui à aplicação das normas do mencionado códex. Por fim, serão mencionados os limites necessários à Política Criminal para que esta não venha a desconfigurar as fronteiras da normatividade; assim como, serão apontados os principais motivos pelos quais esta possível abertura ou clausura demasiada das normas penais vem dificultando a constitucionalização de tal seara.

Cabalmente, serão elaboradas as conclusões pertinentes, num sentido de auxiliar, com o levantamento dos dados teóricos necessários, o movimento de constitucionalização do sistema jurídico brasileiro como um todo. Pugnando para que todas as searas normativas - estejam elas classificadas como públicas ou privadas - evoluam sempre para uma maior proximidade com os preceitos constitucionais, fomentando a eficácia real e direta dos direitos fundamentais e tendo como fim último o atendimento da promoção e preservação da dignidade da pessoa humana.

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO FOMENTO PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No apogeu do liberalismo político e jurídico, o Estado assumia uma função principal: a de não intervenção nas liberdades individuais. Sendo assim, a Constituição gravitava como norma geral e simbólica que lembrava ao Estado suas limitações e protegia os cidadãos do retorno ao autoritarismo, mas não tinha o poder de se imiscuir nas esferas individuais do Direito; de modo que, cabia aos Códigos, primeiramente ao Civil e depois, também ao Penal, proporcionar a tão almejada segurança jurídica e atender aos interesses da burguesia emergente. Neste diapasão, o advento do Estado Social intensificou a atuação do legislador nas variadas esferas jurídicas, endossando a intervenção legislativa no campo privado e a massiva normatização de regras de caráter público que impunham fronteiras às liberdades antes pouco limitadas dos indivíduos, em prol dos interesses gerais da sociedade (SARMENTO, 2004, p.69).

Assim, a Constituição passou a ser projetada para todas as ordens do Direito, gerando uma grande irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos jurídicos, inclusive para a esfera privada. Contudo, este fenômeno que Daniel Sarmento caracteriza como sendo de “ampliação do espaço constitucional”, não bastou para que a carta magna passasse a ser vista como o norte para toda a interpretação da legislação ordinária (SARMENTO, 2004, p.69). Um dos grandes obstáculos para esta consagração, foi a doutrinação de que algumas normas constitucionais trazidas pelo Estado Social seriam meramente programáticas, funcionando como ideias a serem alcançados num futuro indeterminado e que, não possuiriam, portanto, eficácia jurídica imediata. Comprometeu-se, então, a eficácia material dos direitos fundamentais na esfera privada e na própria esfera pública.

Para superar a problemática desta eficácia fundamental fragilizada, faz-se necessário o reconhecimento da força normativa de toda a Constituição, sobretudo dos direitos fundamentais nela previstos e de suas normas de caráter principiológico; o que possibilitaria a visualização de todo o ordenamento jurídico, seja ele público ou privado, como um sistema unitário (SARMENTO, 2004, p.70). Por sua vez, esta unificação, pautada num princípio unificador constitucional, poderia ser capaz de possibilitar ao grande sistema jurídico um melhor funcionamento, posto que, o girar de todas as suas engrenagens se daria em um mesmo sentido. No contexto de um Estado Constitucional de Direito, a Constituição Federal há de representar não apenas os limites para as intervenções estatais, como almejado no liberalismo; e nem somente a imposição das prestações estatais positivas reconhecidas com o Estado Social, mas também e, principalmente, o centro axiológico norteador de todo o ordenamento infraconstitucional e, exigindo a eficácia direta dos direitos fundamentais em todas as áreas do saber e da prática jurídica.

Luiz Edson Fachin (2000, *passim*), em suas obras dedicadas ao estudo do Direito Civil, afirma que o reconhecimento da força normativa da Constituição seria capaz de operar uma “virada de Copérnico” no Direito Privado, no sentido de que, o mundo jurídico se daria conta de que o centro do ordenamento civil não é o código ou as leis ordinárias que tratam sobre o tema, mas sim a Carta Constitucional. Tal colocação também pode, por seus próprios fundamentos, ser aplicada ao Direito Penal, que tem sofrido com uma avalanche de leis extravagantes editadas sob o pretexto de fomentar a segurança jurídica, mas que, na realidade, são vazias de eficácia. A ideia é que todos os ramos do direito sejam preenchidos com os valores constitucionais de liberdade, igualdade e solidariedade; os quais, por sua vez, ensejarão uma releitura dos conceitos e institutos tradicionais de cada saber jurídico que, passarão a ser interpretados e aplicados dentro da axiologia do Texto Maior.

2.1 A importância dos paradigmas estatais para a contextualização da extensão da eficácia dos direitos fundamentais

A definição da extensão dos direitos fundamentais sobre qualquer seara jurídica deve partir de uma análise que considere a forma pela qual o ordenamento jurídico em estudo encara o Estado, a sociedade e os Direitos Humanos. Em razão disto é que se faz mister discutir o papel dos diferentes paradigmas estatais na constituição das premissas e demarcação do campo de debate em torno dos direitos fundamentais (KHUN, 1962 *apud* SARMENTO, 2004, p.1). O civilista Daniel Sarmiento (2014, p.18) ensina que os paradigmas estatais devem ser vistos como exteriorizações no mundo jurídico de diversas óticas, mas ressalta que estes não decorrem, em regra, de rupturas revolucionárias, mas sim de evoluções gradualistas que não ocorreram da mesma maneira em todos os lugares.

Sendo assim, pode-se afirmar, na esteira dos ensinamentos de Norberto Bobbio (1992, p.05), que os direitos fundamentais possuem um caráter histórico, justamente porque são construídos paulatinamente a partir das lutas e revoluções de diferentes gerações em prol da afirmação de seus direitos. No mesmo sentido, a penalista Mirreile Delmas-Marty (2004, p.45) afirma que as escolhas de política criminal se orientam de formas diferentes conforme a necessidade de segurança pela sociedade seja compreendida por meio de um ou outro valor fundamental. Portanto, há de se dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais ao menos em duas grandes fases que correspondem à ideologia liberal e social adotadas em cada época e que, terão relevo para que se possa determinar o grau de incidência dos direitos fundamentais nos campos do saber jurídico.

2.1.1 O Estado liberal: legalidade e igualdade formal

Primeiramente, há de se analisar o paradigma do Estado Liberal, período responsável pelo nascimento da ideia iluminista e jusnaturalista de que o homem é dotado de direitos inatos, os quais precedem o Estado e que necessitam ser respeitados e garantidos pelo Poder Público. Contudo, apesar de a liberdade ser vista como valor intrínseco à natureza humana, necessita sempre de regras que a governem. E, esta necessidade de lei como garantia de liberdade corresponderá ao Princípio da legalidade. Tal ideário foi mais a fundo e se traduziu no constitucionalismo, movimento pelo qual a fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do Poder era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer, sobretudo, a separação de poderes e garantir os direitos dos indivíduos em face do Estado.

Em que pese o fato de possuir essência jusnaturalista, a doutrina liberal dos direitos humanos articulou dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana e para a aplicação do princípio da legalidade: nas relações públicas entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava a interferência do Estado na liberdade individual de seus jurisdicionados; enquanto que, no Direito privado, o Código Civil seria o responsável por reger as relações entre particulares, fundando-se principalmente na ideia de autonomia privada. Assim, estabeleceu-se a rígida e clássica separação entre a esfera privada e a pública. Nesta dicotomia, afirmava-se a supremacia do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado; o homem era tratado pela lei como um ser desenraizado de laços sociais (SARMENTO, 2004, p.27-28).

Na ideologia liberal, esta separação entre Estado e sociedade era essencial para garantir a sagrada liberdade individual, de modo que o Estado deveria manter-se inerte ao máximo para que a sociedade ganhasse espaço para se desenvolver em suas próprias regras. Tal ideologia produziu fortes marcas no regime jurídico dos Estados Nacionais liberais, e não apenas na seara privada, aonde se adotou o postulado de igualdade formal entre os particulares e o princípio da autonomia da vontade (SARMENTO, 2004, p.29); mas também no cenário da política criminal, aonde o Estado teve sua

atuação na repressão de infrações e desvios de comportamento sendo demasiadamente limitadas sob o pressuposto de proteção do indivíduo infrator e liberdade social para a resolução dos comportamentos desviantes das normas.

2.1.2 O paradigma do estado social como reação ao liberalismo e busca da materialidade

Com a evolução social, o paradigma liberal se mostrou insuficiente para assegurar a dignidade humana. Os excessos do capitalismo e o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal acabaram por desnaturar a ideia de liberdade e acentuar a exploração do homem pelo homem. Assim, consolidou-se o entendimento de que para a efetivação dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano; o que levou ao surgimento do Estado do Bem-Estar social e com ele a previsão constitucional de novos direitos que demandam uma prestação estatal positiva para garantir condições mínimas aos indivíduos. Neste contexto do novo Estado-social, cresce o intervencionismo estatal em prol das partes mais fracas das relações sociais. Ocorre uma invasão das normas públicas no Direito Privado, ampliando-se as hipóteses de limitação da autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. Não basta mais o reconhecimento meramente formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar materialmente o desfrute de tais liberdades (SARMENTO, 2004, *passim*).

Na seara criminal não é diferente, a partir do momento em que a lei deixou de possuir caráter meramente individual e passou a ser vista sob a ótica social, exigiu-se também uma análise mais social do crime. Destarte, a política criminal passa a ser relativizada de acordo com a sociedade na qual estiver inserida, de modo que sociedades mais instáveis necessitarão de punições mais rígidas interpostas pelo Direito Penal, enquanto que sociedades mais sólidas serão menos abaladas pelas infrações legais e poderão contentar-se com meios de punição mais brandos. Para efeitos de estudo da política criminal brasileira atual, pode-se falar na adoção de um modelo de Estado-sociedade liberal; o qual é inspirado em uma ideologia liberal, garantida pela distinção entre infração e desvio e pela limitação do campo de intervenção estatal unicamente na infração; mas sem deixar de considerar também a resposta social ao desvio do padrão imposto pelas normas penais. Entretanto, o aspecto mais latente do modelo em questão é a resposta estatal à infração, que se caracteriza por uma sofisticada rede penal dotada de técnicas destinadas a limitar a esfera de intervenção do Estado (DELMAS-MARTY, 2004, p.99 e ss).

Contudo, é latente o fato de que os direitos sociais ensejam maiores dificuldades para a sua afirmação concreta do que os direitos liberais. Aí reside não apenas o empecilho ideológico da resistência das classes superiores à justiça distributiva, mas também os obstáculos operacionais revelados diante da escassez de recursos públicos. Por isso, fala-se na sujeição dos direitos sociais a reserva do possível, pois sua efetivação depende de limites fáticos. Some-se a isto o fato de que, no paradigma social, a produção de normas jurídicas se multiplica, causando uma grande inflação legislativa aonde a estabilidade das normas é substituída pela efemeridade e a segurança jurídica resta prejudicada (SARMENTO, 2004, p.07-39). Na tentativa de conformarem a realidade social, as constituições passam a valer-se de normas de conteúdo programático, que traçam fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem especificar, entretanto, de que modo estes devem ser atingidos. Assim, o Direito Constitucional penetra em novos campos, passando a cuidar não apenas de normatizar as punições públicas, mas também contemplando os limites dentro dos quais devem se dar as relações privadas.

Neste contexto, a dicotomia público/privado sofre nova remodelação com a progressiva publicização do Direito Privado e mesmo com a privatização do Direito Público. No âmbito das relações privadas, percebeu-se que o poder dos grupos e o anonimato das relações podem favorecer o abuso dos mais forte; enquanto que, na esfera pública e, mais especificamente penal, assumiu-se que a so-

cidade não só pode como deve auxiliar os organismos estatais em diversas questões concernentes à política criminal e, sobretudo, na luta pela descriminalização. Neste diapasão, não apenas o Brasil, mas muitos outros Estados já desenham um novo paradigma de Estado pós-social que, sem se ausentar da esfera econômico-social, recepção traços do antigo liberalismo. Trata-se de um modelo de Estado subsidiário que busca parcerias com a iniciativa privada e o terceiro setor para a prestação de serviços públicos; que se vale de técnicas de administração consensual e, chega até mesmo a flexibilizar seu monopólio na produção de normas (SARMENTO, 2004, p.49-51).

2.1.3 O Estado Liberal-social como paradigma atual: inter-relação entre a rede penal e a civil.

Segundo Delmas-Marty (2004, p.182 e ss.), no paradigma atual de Estado liberal-social, a rede penal deve ser estudada através de um sistema de relações complementares, pois, desta forma, será possível entender qual o grau de abertura da rede penal à sociedade civil e às técnicas de direito privado. A imagem tradicional da rede penal é, em regra, de uma rede monopolizada pelo Estado, na qual as pessoas diretamente implicadas no caso – vítima, delinquente e mesmo o grupo social – muitas vezes não encontram, ou sequer buscam, espaço de atuação. Entretanto, algumas práticas penais possibilitam e mesmo incentivam esse quadro. Pode-se falar na participação do grupo social organizado, por exemplo, em associações que visam defender interesses coletivos; o que esboça uma política penal mais participativa, seja ela repressiva – reforçando o processo de exclusão – ou solidária – fomentando a integração. Contudo, deve-se possuir cautela para que não seja gerado um fenômeno de “privatização do controle da criminalidade”.

A lógica da aplicação da rede civil na esfera penal, pautada sobretudo na indenização da vítima pelo autor funcionava de maneira restitutiva em sua função e individualista em seu fundamento. Entretanto, com a evolução da rede, o caráter de retribuição tem se dissolvido em uma confusão de reparação com castigo, como ocorre nas cláusulas penais contratuais e em indenizações a vítima que avultam em muito o real valor do dano; e o individualismo tem sido mitigado pela ideia de que todo e qualquer dano deve ser indenizado, independente de culpa, o que fez despontar a prática de indenização da vítima pelo Estado.

Nesse diapasão, a relação com as instâncias societárias no âmbito civil é muito maior do que no penal ou administrativo uma vez que a participação da vítima é fundamental para qualquer ação de responsabilidade civil ou de indenização. Positivamente, essa vinculação da vítima é salutar, posto que subordina o processo aos interesses das partes da forma como estas o conceberam, evitando que o conflito seja “roubado” das pessoas diretamente interessadas nele, como ocorre no Processo Penal. Contudo, de maneira negativa, apenas as partes têm o encargo de suportar os ônus e dissabores do processo; além do fato de que o sistema será injusto se houver disparidade de armas e possibilidades entre as partes envolvidas. Mas, neste último caso, a indenização estatal pode ajudar a romper o isolamento da vítima e reforçar suas possibilidades processuais (DELMAS-MARTY, p.182 e ss).

Percebe-se, portanto, que para além da total independência das esferas pública e privada é possível que se busque uma relação de coordenação entres estas no sentido de torna-las compatíveis entre si, apesar de suas notáveis diferenças. Entretanto, não há de se ignorar o fato de que, o pluralismo jurídico com o reconhecimento da existência de instâncias não estatais de regulação social e arbitragem de conflitos, e a multiplicidade de instâncias normativas presentes num mesmo espaço territorial; aumentam os riscos para os direitos humanos por exporem o indivíduo a novas formas de opressão por vezes mais difíceis de enfrentar do que as provenientes do próprio Estado (SARMENTO, 2004, p.51-52).

Assim, é evidente que este novo paradigma estatal reclama com mais intensidade a vinculação não apenas dos particulares, mas também do próprio Estado aos direitos fundamentais e à axiologia

constitucional. A transferência para a iniciativa privada de atividades que eram tradicionalmente exercidas pelo poder público, como ocorre com a privatização de presídios, por exemplo, não pode implicar na desproteção dos indivíduos.

2.2 A importância de uma Teoria da força normativa da Constituição

Ao contrário do que pode parecer, nem sempre a Constituição Federal foi vista como um instrumento jurídico cujas normas possuíam caráter imperativo e na qual os direitos previstos assumiam um caráter de subjetividade, podendo ter seu integral cumprimento postulado em juízo. Pelo contrário, durante muito tempo depois do aparecimento das Constituições escritas, em meados do século XVIII, tais textos normativos foram tidos como simples postulados sociopolíticos, ou melhor, como normas programáticas, que dependiam da atuação do legislador ordinário para ganharem concretude e, só assim, poderiam ser exigíveis dos cidadãos e levadas à apreciação do Judiciário. Isso se devia, em grande escala, principalmente à ausência de uma jurisdição constitucional, como o Supremo Tribunal Federal – à nível nacional - ou a Corte Constitucional Europeia.

Entretanto, com o advento do controle de constitucionalidade, as Cartas Magnas cunhadas nos séculos dezanove e vinte, já apresentavam uma grande diferenciação em seu conteúdo, pois afirmavam de maneira expressa que todos os Poderes Estatais e seus jurisdicionados deveriam obedecer às regras constitucionais; determinavam como inconstitucionais todas as normas incompatíveis com os preceitos da Carta superior; além de indicarem, em muitos casos, alguns de seus conteúdos como detentores de eficácia imediata (GARCIA DE ENTERRIA, 1985, p.292-293). O jurista Espanhol Eduardo de Enterría (1985, p.298-299), estudioso de Lhering, explica que a Constituição, hodiernamente, passou a ser vista como dotada de uma força vinculante bilateral, pois está é capaz de obrigar, ao mesmo tempo, às autoridades estatais e aos cidadãos em sua particularidade. E, é justamente este Poder que faz com que a norma constitucional seja a norma superior e fundamental de um Estado; pois esta define as fontes formais do Direito, determinando que os demais regramentos infraconstitucionais apenas terão validade se obedecerem a seus preceitos.

Acontece que o controle de constitucionalidade não foi o único evento responsável por redefinir o papel da Constituição, a emergência do Estado Social também trouxe alterações profundas, posto que consagrou no texto magno direitos sociais e econômicos e exigiu prestações estatais de caráter positivo. A problemática, entretanto, reside no fato de que o pensamento constitucional predominante não atribuiu caráter vinculante à toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras de direitos liberais e políticos. Os direitos sociais continuavam sendo vistos como simples normas programáticas. Tal entendimento gerou uma crise de juridicidade da Constituição, negando a estas últimas qualquer eficácia vinculante; o que acabou por dificultar em muito o avanço das Constituições sociais.

Felizmente, contra a doutrina tradicional que dividia as normas constitucionais em aplicáveis e não auto-aplicáveis, ergueu-se, a priori, como ensina Daniel Sarmento (2004, p.72-73), a doutrina do jurista italiano Vezio Crisafulli (1952); afirmando que todas as normas constitucionais, inclusive aquelas tidas como programáticas, geram sempre efeitos jurídicos em maior ou menor escala, tendo em vista que: influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico; vinculam negativamente o legislador e a administração, que não poderão agir de modo contrário à norma; e, ainda, impedem a recepção do direito anterior incompatível com a axiologia das regras constitucionais atuais. De qualquer modo, a carência de eficácia, principalmente das normas constitucionais relacionadas a direitos sociais, colocou a credibilidade constitucional em cheque pela sociedade, posto que o texto magno promete inúmeras garantias de cunho social, mas na prática, tais afirmações tornam-se inócuas. Como coloca Daniel Sarmento (2004, p.73):

De fato, quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre o mundo do “dever-ser” e a realidade, que corrói a crença na Constituição como norma. (...). No imaginário social dá-se uma completa inversão de valores: mais do que a Constituição, vale a lei, e ainda mais do que esta, a portaria do Ministro.

Foi justamente com o objetivo de combater este descompasso entre lei e realidade que o jurista alemão Konrad Hesse (1991) criou a Teoria sobre a Força normativa da Constituição. Para ele, a Constituição seria responsável por realizar a dialética entre o mundo do ser e o do dever-ser, que não poderiam ser vistos de maneira separada.

2.2.1 Konrad Hesse e a Teoria constitucional da força normativa

Para cunhar sua teoria, Hesse parte da ideologia de que a realidade social influencia inevitavelmente a Constituição, até porque, quem a aplica é um ser puramente social, qual seja, o homem; bem como a norma constitucional não possui existência autônoma na realidade fática. A doutrina de Hesse surge, portanto, num primeiro momento, como reação às propostas de Ferdinand Lassale (1998) de que a Constituição jurídica seria um mero pedaço de papel que nada tem a ver com a realidade, a qual, por sua vez, seria dominada exclusivamente pelas forças políticas, sem nenhuma interferência jurídica, legal ou constitucional (HESSE, 1998, p.9). Pode-se afirmar, então, que Hesse seguiu ideário muito mais próximo da ideia de Constituição normativa defendida por Karl Loewenstein (1986); pela qual a Carta Constitucional deveria ser apta a submeter a realidade política a seus regramentos.

Para Hesse, portanto, a pesar do fato de realidade jurídica e realidade fática serem distintas, deve-se “admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p.11). Ou seja, a Constituição deve possuir uma pretensão de eficácia, de modo que, o legislador constitucional deve fazer o máximo esforço para ordenar o fato social e conseguir realmente influir sobre ele (SARMENTO, 2004, p.76). Nas palavras de Hesse, a norma constitucional deve: “procurar construir o futuro com base na natureza singular do presente” (HESSE, 1991, p.18). A essência da Constituição não estaria, então, como afirmava Lassale, contida na realidade das forças políticas, sociais e econômicas – o que transformaria o texto magno em letra morta-; mas, a essencialidade residiria na vigência da norma constitucional, ou seja, na ideia de que as situações por ela reguladas pretendam ser efetivadas na realidade (HESSE, 1991, p.14). Existiria, então, ao lado do poder político que determina as relações fáticas, também uma força proveniente do Direito Constitucional.

Segundo Hesse, o fator fundamental para o alcance da força normativa é a “vontade de Constituição”, que corresponde ao anseio de concretização da Constituição, somado à mobilização da sociedade neste sentido. A vontade de Constituição estaria, na verdade, baseada em três elementos principais: a) na compreensão, por parte da sociedade, da necessidade de uma ordem normativa forte, que proteja não apenas os cidadãos dos arbítrios estatais, mas também o Estado do alvedrio das forças sociais; b) na compreensão, também social, de que esta ordem constitucional não é legitimada apenas pelos fatos, mas também por fatores jurídicos; c) na consciência de que esta ordem jamais será eficaz se não estiver coadunada com a vontade e o esforço humano (HESSE, 1991, p.19-20). A ordem constitucional, portanto, só mantém sua vigência e sua força através da vontade humana; o que nos leva novamente a vislumbrar a inderrogável associação entre força jurídica e força social.

Contudo e, levando em conta esta inexorável correlação entre dever-ser e ser; deve-se ter

em mente que a pretensão de eficácia constitucional não pode ignorar as condições históricas de sua realização. Aliás, a pretensão de eficácia normativa somente poderá ser realizada se observar estas condições (HESSE, 1991, p.14-15). Portanto, quanto maior a vontade de Constituição, menores serão os limites que a realidade irá lhe impor; mas estes limites não deixam de existir e, por isso, é que o constituinte não pode conferir direitos cujo atendimento não seja possível, sob pena de descrédito constitucional (SARMENTO, 2004, p.76). Para evitar tal problemática, Hesse (1991, p.21) aconselha que as cartas constitucionais se limitem a prever alguns princípios pontuais, porém fundamentais, cujo conteúdo sempre apresente possibilidades de ser desenvolvido, a despeito das constantes mudanças da realidade.

Por fim, para que a força normativa da Constituição seja otimizada, Hesse afirma que todos aqueles que participam da vida constitucional, quais sejam: órgãos estatais, sociedade e indivíduos; devem estar imbuídos do mesmo espírito de vontade de Constituição. O jurista alemão (HESSE, 1991, p.22-23) defende: “Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda”. Ou seja, como será defendido no decorrer de todo este trabalho, a Carta Constitucional não deve pairar em um plano de Direito Constitucional autônomo e isolado dos demais ramos do Direito. Para que se tenha efetivamente um Estado democrático e constitucional, todas as esferas e atores jurídicos devem estar “constitucionalizados”, melhor dizendo, toda norma constitucional, seja ela penal, civil, pública ou privada, deve seguir a axiologia proposta pelo texto constitucional.

3 A VANGUARDA CIVILISTA NO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O reconhecimento da grande e necessária força da Constituição e do caráter normativo e vinculante de seus princípios funcionaram como molas propulsoras para um processo que vem se aprimorando até os dias atuais e que a doutrina tem denominado de constitucionalização do Direito Privado. Tal fenômeno não apenas tem sido responsável por desfazer a clássica dicotomia entre Direito Público e Privado como também vem traçando a personalização ou humanização da esfera privada das relações sociais. O Código Civil e seus valores patrimoniais deixaram a posição que ocupavam no paradigma liberal de centro do ordenamento privado, e cederam lugar para a Constituição e sua axiologia pautada em valores de democracia, dignidade e realização humana.

Neste diapasão, os princípios humanizatórios consagrados pela Carta Constitucional impuseram uma redefinição dos conceitos e institutos do Direito Privado bem como a aplicação direta dos direitos fundamentais não apenas no campo público, sendo oponíveis contra o Estado; mas também na esfera individual das relações particulares, podendo ser exigidos horizontalmente, de um indivíduo para com o outro. A evolução do Direito Civil, passando por seu processo de codificação e rumo à constitucionalização, tornou-se, hodiernamente, um exemplo a ser seguido por outros ramos do Direito e, até mesmo para algumas filiações do Direito tido como Público que ainda não alcançaram o mesmo nível de sintonia constitucional que o Direito civilista brasileiro tem desenvolvido.

3.1 Liberalismo, codificação e separação entre público e privado

Num contexto de Estado Liberal e, fundando-se no princípio da autonomia da vontade dos indivíduos, o movimento de codificação civilista teve seu apogeu na Europa com o famigerado Código de Napoleão, que regulamentava uma mínima intervenção estatal nas relações privadas, e compilava as diversas normas civis extravagantes em uma única fonte, o que fomentaria a segu-

rança jurídica. O Código servia, portanto, aos interesses da burguesia emergente e, apresentava como principais valores a propriedade e a autonomia contratual, fomentando, ainda, o paternalismo social (LOCKE, 2006). Embora o Estado Liberal defendesse o valor da igualdade, este reduzia-se a esfera meramente formal e, apenas o burguês era detentor de patrimônio para contratar, o que o tornava, na prática, o maior ou talvez único beneficiado pelo novo código (SARMENTO, 2004, p.90). O primeiro Código Civil brasileiro, publicado em 1916 foi também fruto desta influencia individualista e pautada na autonomia da vontade como valor principal.

A ideia de codificação é associada, portanto, ao conceito de sistema. Sistematizar significa equilibrar os elementos concatenados, baseando-os num mesmo princípio que sirva como norte unificador, de modo que, por fim, se obtenha uma grande engrenagem funcionando de maneira estável e autopoietica (LEAL, 2017). A codificação ocorreu, portanto, para tornar o Direito Civil um todo unificado e para atribuir às relações privadas maior segurança, respaldo e solidez jurídica. O Código lançava as regras do jogo e estabilizava as relações econômicas ao pautá-las nos pilares da propriedade e do contrato e, o indivíduo titular de direito ali contemplado era um ser que, em um plano ideal, estaria em paridade com todos os demais, desconsiderando-se, portanto, suas condições materiais (SARMENTO, 2004, p.91).

O processo de codificação ocorrido no Estado Liberal intensificou a clássica bipartição entre Direito Público e Direito Privado; na qual o Código Civil reinava absoluto como cerne do Direito Privado, e a Constituição se limitava a ditar as regras da esfera do que era público. Tal dicotomia, como ensina Bobbio (1992, p.20), possuía, ainda, um significado valorativo, pelo qual os termos público e privado tornam-se opostos de modo que, se a um é atribuído um significado positivo, o outro herdará um valor negativo e vice-versa; assim, sempre haveria o primado de um sobre o outro. Destarte, no paradigma liberal havia a clara sobreposição do direito privado sobre o público, pois o privado era o espaço aonde se exerciam as liberdades de maneira autônoma. Restava ao Direito público e, portanto, à Constituição, dispor sobre normas relativas à defesa dos indivíduos contra intervenções do Estado e excepcionalmente, prever as hipóteses em que o Estado deveria se encarregar de manter o funcionamento do sistema (PRATA, 1982, p.21).

A grande dicotomia público/privado, gerava, ainda, uma dicotomia correspondente; relativa ao campo das relações sociais abrangidas por tais campos do direito, pela qual a esfera pública constituiria uma sociedade de desiguais, uma vez que se caracterizava por relações de subordinação entre governados e governantes; enquanto que, o campo privado revelaria uma verdadeira sociedade de iguais, por se pautar em relações firmadas entre particulares que seriam iguais perante a lei (SILVEIRA, 2002, p.28). Entretanto, cada vez mais tornaram-se visíveis relações privadas nas quais as partes não estavam em posições materiais iguais, pois indivíduos na maioria das vezes não podiam competir com grandes empresas; o que levou ao despertar para a necessidade de concretização da igualdade material na esfera privada, principalmente depois dos horrores da segunda guerra mundial e com o advento do Estado Social.

3.2 Da descodificação à constitucionalização

O paradigma Social e suas inúmeras inovações e garantias individuais e coletivas como a consagração dos direitos trabalhistas, a intensificação do papel ativo do Estado e a multiplicação dos microssistemas legislativos voltados para a defesa e equiparação dos hipossuficientes; abalou o reinado do Código Civil no Direito Privado. A realidade social, cada vez mais complexa e conflituosa, deixou de caber nas limitadas previsões que o código privado era capaz de fazer e, a solução apresentada foi a criação de um sem número de leis especiais que tentavam dar conta de abarcar o

que o código não podia (SARMENTO, 2004, p.94). O Direito privado adentrou, então, num processo de descodificação forçado pelos avanços sociais e que, fez com que o Código Civil deixasse de ser o centro exclusivo deste sistema.

No lugar que tradicionalmente era ocupado exclusivamente pelo Código civilista, foram surgindo uma série de leis extravagantes que buscavam disciplinar as novas relações sociais complexas que a codificação não previa. A matéria neutra e abstrata prevista pelo Códex deixa de ser o tratado exclusivo de Direito Privado e, restringe-se a representar apenas o direito comum, ou seja, aquele que seria aplicado às relações particulares em geral, mas que não dava conta das situações mais atípicas e específicas (TEPEDINO, 1999, p.04-05). Surge, portanto, uma representativa classificação dentro do Direito Civil, responsável por dividi-lo em normas gerais e normas especiais.

Acompanhando este processo, a Constituição, que agora era uma Constituição Social e, preocupava-se não apenas em regulamentar relações públicas, mas também as privadas, foi assumindo o papel de norte a ser observado nas relações de Direito Civil. Até mesmo porque, diante do advento dos novos sistemas legislativos especializados, simbolizados em grande parte por Estatutos; o Código Civil, que se encontrava na mesma posição hierárquica que estes, mostrou-se incapaz de lançar os princípios que deveriam balizar a vida privada. Contudo, a Carta Constitucional, por estar no topo da hierarquia normativa e se sobrepor a todos os microssistemas, tinha este condão e já intervinha nas relações privadas não apenas através de suas normas, mas também por meio de princípios. A Constituição, então, apresentou-se para o Direito Privado como a solução para a reunificação do sistema que estava dissolvido (SARMENTO, 2004, p.13-14).

Contudo, ressalte-se que a codificação não representa apenas o acolhimento constitucional de matérias tradicionalmente previstas em um código civil, mas vai além, pois requer uma releitura dos institutos civilistas através das lentes dos valores constitucionais. Assim, hermeneuticamente, a interpretação das normas privadas deve ser realizada tomando por base os princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana; bem como as previsões constitucionais tornam-se limites para o legislador ordinário, que não poderá editar normas privadas incompatíveis com as disposições do texto magno (SARMENTO, 2004, p.99-100).

Além do mais, para que se obtenha um processo completo de constitucionalização, não há de se falar em necessidade de intermediação da lei civil para que a Constituição possa incidir sobre as relações privadas (SARMENTO, 2004, p.104-106). A incidência constitucional no campo privado é direta, e decorre da imperatividade e superioridade desta norma. Desta forma, o que a doutrina, a jurisprudência e os próprios legisladores objetivaram e, ainda objetivam, posto que a constitucionalização do Direito Civil vem aprimorando-se a cada dia; é estimular a aplicação dos princípios constitucionais e, por consequência, de seus valores sociais, no âmbito das relações privadas; reafirmando a Constituição como unificadora de todo o ordenamento jurídico e não apenas do Direito Público, e, ainda, contribuindo para o desenvolvimento de um Direito Privado mais humanizado e não tão focado no valor – até então supremo – do patrimônio. Portanto, também no campo privado os direitos fundamentais deverão ter eficácia direta e plena.

O fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado, pautado na força normativa atrativa e imperativa que o texto magno exerceu sobre o código civilista, pôs fim à célebre dicotomia entre público e privado, pois, a evolução da sociedade e, conseqüentemente da ciência jurídica, que tenta acompanhá-la; exigiram não mais uma divisão tão simplória do Direito, mas sim a criação de uma classificação mais específica e tão complexa quanto as relações sociais que poderão ser abarcadas. Pode-se afirmar, como o faz Michele Costa da Silveira (2002, p.48-49), que o Direito Civil contemporâneo possui duas facetas: uma privada e outra pública; o que faz com que este deva permanecer com suas obrigações de resguardar os valores patrimoniais, mas sem jamais deixar de lado os valores existenciais.

3.3 A personalização do Direito Privado como efeito de sua constitucionalização

A constitucionalização do Direito Privado gera, portanto, uma mudança de perspectiva na esfera civilista e o foco deste ramo jurídico é deslocado de um objetivo de patrimonialização para o alcance de uma maior personalização privada. A Constituição de 1988 contribuiu muito para este processo em razão do destaque sem precedentes que concedeu aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana; fazendo, inclusive, com que este último se tornasse o centro axiológico (SARMENTO, 2000, p.59-60) de todo o ordenamento jurídico nacional e, não apenas dos atos estatais, mas também dos privados. E, é neste sentido que a Professora Maria Celina Bodin (1993, p.26) fala em despatrimonialização (DONISI, 1980) do Direito Privado, por entender que, ao adotar o princípio constitucional da dignidade humana como norte, o Direito Civil se compromete a priorizar valores existenciais, em detrimento de seus tradicionais objetivos patrimonialistas que, não deixarão de se fazer presentes, mas sempre deverão ter o escopo de promover a dignidade da pessoa. Não se deixa, por exemplo, de falar em direito à propriedade, mas tal direito deverá ser condicionado ao atendimento de uma função social.

A despatrimonialização não corresponde, então, a uma perda de interesse do Direito Civil por aquele que sempre foi e continua sendo o seu maior objeto, qual seja, o patrimônio; até mesmo porque este é um aspecto fundamental e inegável da vida humana, inclusive da vida com dignidade. O que se propõe é uma personalização no sentido kantiano, para que se possa reconhecer que o patrimônio não constitui um fim em si mesmo, mas sim que este é apenas um dos meios para a realização do fim maior do Estado e do ordenamento jurídico que é a dignificação e a promoção humana (SARMENTO, 2004, p.115-116).

Sarmento (2004, p.116-117) ensina que no Estado Liberal o direito se pautava em uma concepção insular de pessoa (AZEVEDO, 2002), pois o indivíduo era comparado a uma ilha e visto como um ser isolado de toda e quaisquer relações sociais. Mas, a ideia de pessoa humana, na qual se baseia a atual ordem constitucional brasileira, considera não apenas o ser humano como um valor em si mesmo, mas também como um ser socialmente enraizado, e que desenvolve sua personalidade e faz valer sua dignidade justamente no convívio comunitário. E, é por isto mesmo que a autonomia privada continuará sendo respeitada, mas poderá e deverá ser delimitada pelas preocupações e necessidades sociais. Não se deixará, portanto, de falar em liberdade para contratar, mas esta liberdade será limitada pela função social do contrato, por exemplo.

A intervenção estatal nas negociatas privadas será admitida e constitucionalmente exigida em muitas situações, sobretudo, para proteger as partes mais vulneráveis nas relações privadas e para promover os interesses comuns da coletividade. Reafirma-se, portanto e, novamente, que não há mais como fazer uma divisão qualitativa entre Direito Público e Direito Privado, podendo-se, para efeito didático, delimitar um ou outro campo apenas pela prevalência de interesse comum ou particular, mas não pela total incoerência de intervenção estatal ou participação dos cidadãos (TEPEDINO, 1999, p.19-20). E, ocorrendo situações de conflito entre o interesse individual e o coletivo, haverá de se realizar a devida ponderação entre estes e se buscará o caminho que melhor promova a dignidade humana (SARMENTO, 2004, p.120). A dignidade humana será, portanto, a resposta para todas as indagações que surjam na aplicação do ordenamento jurídico, sejam elas de cunho público, privado ou, ainda, relativas a estas duas esferas. A dignidade, no desenho da constitucionalização, é o princípio unificador que dará mobilidade às engrenagens de todo o sistema de Direito.

4 OS LIMITES DA NORMATIVIDADE E A DIFICULDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A concepção clássica de Direito Penal se estabeleceu na Europa do século XVIII, onde a justiça divina passou a ser substituída por uma justiça humana pautada nas leis. Desta forma, o Direito Penal era visto como um conjunto específico de normas que pouca relação tinha com as demais áreas do Direito. Contudo, o pensamento penal clássico passou a ser questionado pelas diversas escolas de pensamento penal que surgiram, o que fez com que as práticas e o campo de observação penal se modificassem, de modo que a Ciência do Direito Penal se alargou em razão da perda da especificidade das categorias penais, devido ao crescimento da complexidade dos fenômenos criminais; e do esboço de novas categorias oriundas da grande propagação mundial dos Direitos Humanos (DELMAS-MARTY, 2004, p.6).

Com relação ao primeiro ponto, passa-se a reconhecer um Direito Penal que não se limita ao estudo da matéria criminal, mas que se transformou em uma ciência mais do que multidisciplinar, mas, necessariamente transdisciplinar, pois precisa agregar elementos de outros ramos do Direito e de Ciências externas para formular seus conceitos e institutos. Vislumbra-se um penalismo que vem se socorrendo de técnicas de mediação, de repressões administrativas e de institutos civilistas de indenização das vítimas; na tentativa de se desafogar.

O Direito Penal foi forjado para ser a *ultima ratio* e, portanto, não consegue, sozinho, atender à crescente demanda por penalização e criminalização de matérias e comportamentos que, nem sempre deveriam ser direcionados para esta seara de juridicalização. A transdisciplinariedade possibilita a produção de uma teoria única a partir de campos ou ramos do conhecimento autônomos (GUSTIN, 2006, p.4) e, essas novas estratégias estatais e sociais que o Direito Penal tem buscado para responder às infrações ou às condutas de desvio das normas (DELMAS-MARTY, 2004, p.20) tem gerado um campo novo, amplo e puramente interdisciplinar de estudo da criminalidade, que tem sido denominado pela melhor doutrina de Política Criminal.

Por sua vez, a grande influência dos direitos humanos na seara penal como definidores de limites que não devem ser ultrapassados pelos Estados quando da aplicação das sanções penais, faz com que surjam dentro do Direito Penal novas categorias além das preexistentes, por exemplo: medidas de privação da liberdade (prisão provisória, prisão temporária, medidas socioeducativas, medidas de segurança), para além da simples pena de prisão; e uma novel categoria de matéria penal para ir além do Direito Penal, posto que esta englobaria também outras espécies de sanções repressivas extrapenais que atendam a determinados critérios (DELMAS-MARTY, 2004, p.22 e ss).

Reconhecida, por tanto, a insuficiência do Direito Penal para, por ele mesmo, dar conta de suas problemáticas; e, compreendendo-se a necessidade de que este seja estudado em conjunto com as demais especialidades do Direito e ciências vizinhas; há de se buscar, então, um princípio capaz de unificar todos os elementos penais e extrapenais necessários para a realização de uma boa Política Criminal. Delmas-Marty (2004, p.407) propõe que, para a solução deste imbróglio, seja utilizado um método sistematizado que, é ao mesmo tempo sistêmico e estrutural, e que busca, levando em conta a própria estrutura do sistema, um princípio para a sua harmonização que, não impõe uma uniformidade de práticas – até porque já resta estabelecida a necessidade de transdisciplinariedade – mas que é capaz de limitar as inúmeras escolhas possíveis.

O elemento estrutural do sistema que vai realizar esta função de unificação do direito criminal é a Constituição Federal que, por irradiar seus princípios e valores por todo o ordenamento jurídico,

permitirá a transdisciplinariedade necessária à Política Criminal; mas que também funcionará como limitadora das ações e decisões tomadas em esfera pública penal, disciplinando, através de seus regramentos, até onde as leis penais podem ir para não ferir ou deixar de promover a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a Constituição é fonte supralegislativa (DELMAS-MARTY, 2004, p.411) do Direito como um todo, e também do Direito Penal; porque é realizado o controle de constitucionalidade das leis. A constitucionalização do Direito Penal requer, portanto, a efetiva implantação dos princípios constitucionais nas práticas criminais e também em sua legislação ordinária. Mas não foi fácil para o mais rígido dos Códigos se abrir às possibilidades da Política Criminal, assim como não tem sido tranquilo o seu processo de constitucionalização.

4.1 Da rigidez do Código à amplitude das políticas criminais

O Direito Penal, por sua própria natureza sancionadora, criminalizadora e restritiva de direitos e liberdades, é um campo fechado (DELMAS-MARTY, 2005, p.31), que, ao menos em teoria, só funciona adequadamente se restringir-se aos exatos limites legais, afastando-se das demais redes de sanções e dos outros ramos do Direito. O Direito criminal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos (YACOBUCCI, 2015, p.226) e, justamente por isso, exige um uso especial, racionalizado e bem calculado. O Penal é, portanto, taxativo, não é negociável, não pode ser flexibilizado sob pena de ferir direitos e garantias de forma irreparável. Delmas-Marty (2005, p.32) enumera os principais motivos que tornam o sistema penal um ramo fechado sobre si mesmo: a) a principal pena é a prisão, que além de representar uma clausura física, se implementada de maneira equivocada, infringe irreversivelmente o direito à liberdade; b) o sistema se concentra na rede de sanções penais e não avalia as demais possibilidades extrapenais de retribuição, reparação e ressocialização; c) as normas aplicadas na seara penal são quase que exclusivamente penais, não se recorre à interdisciplinaridade.

Contudo, com a crescente evolução e complexidade do fenômeno criminal, acompanhando a globalização mundial, o Direito Penal tem sido pressionado a apresentar respostas cada vez mais efetivas. Silva Sanchez (2001, p.21 e ss.) enumera diversos fatores responsáveis pela expansão ou explosão do direito penalista, entre eles estão: a efetiva aparição de novos riscos, a sensação social de insegurança, e o descrédito de outras instituições de proteção. Muitos destes motivos estão relacionados, portanto, à intensificação da compreensão social acerca do valor dos bens jurídicos tutelados e das funções que o Estado, através do *jus puniendi* deve realizar para protegê-los. Assim, a exigência da defesa de bens difusos ou macrosociais, representativos do sentimento coletivo, v.g, lançam um grande desafio para a dogmática penal tradicional, posto que, os elementos da teoria do crime não foram forjados para responder a estas novas formas de organização e novos riscos sociais (YACOBUCCI, 2015, p.233).

Entretanto, a doutrina tem se dado conta de que não há meios de atender a esta demanda autonomamente, sem o auxílio dos demais campos jurídicos e mesmo não jurídicos. Sendo assim, aos poucos, as concepções penais clássicas foram sendo superadas, e o sistema foi se abrindo: concebeu-se e incentivou-se a aplicação das penas alternativas à prisão e; a inflação legislativa penal permitiu que este ramo do Direito se tocasse com as demais ciências e ramificações, abrindo à possibilidade de diversas redes de sanção – administrativa, civil, de mediação; esta abertura se dá, também, com relação a obrigatoriedade de aplicação, na esfera criminal, de normas “externas” (DELMAS-MARTY, 2005, p.34 e ss.). Muitas das respostas encontradas pela seara criminalista têm sido buscadas fora do seu próprio campo, v.g, no Direito Administrativo, Empresarial, de trânsito e, tornando um pouco mais concreto o princípio da subsidiariedade penal, que coloca esta opção punitiva como última alternativa (YACOBUCCI, 2015, p.235). Amplia-se, portanto, a visualização da Ciência criminal da esfera restritiva do Direito Penal para a ótica mais alargada e interdisciplinar da Política Criminal.

Como há muito defendido por Roxin (2012), em oposição as ideias de Liszt, deve haver, portanto,

não uma dicotomia, mas sim uma síntese entre a dogmática penal e a política criminal. Ou seja, decisões axiológicas de cunho político-criminal devem ser consideradas na aplicação prática da normativa penal. A Política Criminal assume, portanto, o papel de ser centro de convergência de princípios penais e constitucionais; e, é por este caminho que o rígido Direito Criminal tem iniciado sua abertura acompanhada de mudanças valorativas. Entretanto, não se pode olvidar que tais mudanças são mais difíceis de serem implementadas em países em desenvolvimento, tendo em vista o recente e, ainda frágil, reconhecimento dos direitos humanos. Bem como o fato de que ainda reside uma grande dificuldade no que compete à compatibilização das normas penais com os comandos constitucionais; tendo em vista que o controle de constitucionalidade foi um fenômeno mais recente (DELMAS-MARTY, 2005, p.36).

4.2 Dificuldades de implementação da política criminal e da axiologia constitucional

A implementação das políticas criminais da maneira ampla como foram concebidas e propagadas pelos principais teóricos da área não é tarefa simples nem mesmo nos países europeus aonde forma pensadas, mas se torna desafio maior em nações de terceiro mundo, como o Brasil. A primeira problemática enfrentada neste sentido, refere-se ao fato de que, justamente por ter um conceito e um área de abrangência muito alargados, as propostas de política criminal acabam por retirar a densidade dos princípios e regras que são fundantes para o funcionamento do ordenamento jurídico criminal. Em um segundo ponto, o conceito político-criminal foi desenhado como se fosse aplicado em um contexto político ideologicamente “neutro” (Cf. DELMAS-MARTY, 2004), o que não corresponde, por óbvio, a nenhuma realidade prática, mas menos ainda ao contexto brasileiro, no qual a posição criminal assumida declaradamente pela sociedade como um todo é de um interesse de prevenção geral, ou, trocando em miúdos, de punição a qualquer custo (D`AVILA, 2008, p.321).

Em síntese, a dificuldade de implementação da política criminal no cenário brasileiro tem se dado em razão da flexibilização excessiva de regras e valores em um ambiente caracterizado por um forte posicionamento político no sentido da prevenção. Justamente por isso é que, diariamente, princípios fundamentais e regras de Direito Penal são deixados de lado em prol do atendimento social prevencionista e repressista (D`AVILA, 2008, p.321). Os conceitos e os institutos mais tradicionais de Direito Penal e, até mesmo aqueles oriundos da norma constitucional, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são frequentemente “flexibilizados” quando começam a representar um empecilho para a consecução dos fins políticos estatais. Fabio D`Avila (2008, p.322-323) esclarece:

Se os objetivos tidos como relevantes pelo Estado, como o paradigmático caso do combate ao terror, entram em conflito com a manutenção de direitos e garantias fundamentais, colocando em xeque o êxito na obtenção de tais fins, não se leva a sério a possibilidade de existirem limites materiais intransponíveis à sua atuação.

Daí, tornam-se aptos a localizar o problema no cerne do sistema de Direito Penal: o princípio unificador que deveria zelar pela boa e correta aplicação de todos os demais elementos, que é a Constituição Federal, ainda esboça, em âmbito político criminal uma força normativa muito inexpressiva, que não consegue, ou não se esforça para conseguir, competir com os arbítrios políticos estatais. Com a força normativa do princípio unificador debilitada, as demais engrenagens do sistema não funcionam devidamente e, então, tem-se a famigerada crise: crise do Direito e do Processo Penal, crise dos poderes estatais, crise da Democracia. Silva Sanchez (2001) denomina o momento atual como uma terceira crise da Ciência Penal que se caracteriza por uma supervalorização das respostas punitivas.

O discurso da Política Criminal está tão em voga que a dimensão político-criminal acaba sempre sendo priorizada quando da aplicação das normas penais, relegando para um outro momento ou, simplesmente, deixando passar, o critério mais importante para filtrar a realização de

qualquer prática penal, qual seja, a adequação jurídico-constitucional da mesma (D'AVILA, 2008, p.323). Ou seja, a realização adequada da abertura do Direito Penal deve obedecer a uma ordem – afinal, já se discutiu a relevância deste sistema ser fechado – e esta ordem deve se dar de modo que, primeiro há de se compatibilizar as decisões penais com os comandos constitucionais, e, só em um segundo momento é que se deve avaliar sua adequação e pertinência em termos de política criminal. Portanto, qualquer interesse estatal, por melhor que seja, possuindo cunho preventivo, ressocializador ou punitivo; só poderá ser efetivado se estiver dentro dos limites estabelecidos pelas normas penais e, sobretudo, pelos ditames constitucionais.

Tem-se, portanto, que a Política Criminal deve sim ser utilizada como elemento de abertura do Direito Penal, como alternativa aos processos de criminalização e penalização em massa e como auxiliar do direito material e processual no que lhe for útil e compatível. Mas não é possível sobrepor os anseios de cunho político ao atendimento das normas constitucionais e, também não é cabível a aplicação integral do raciocínio funcionalista de Roxin que busca forjar uma identidade entre a Ciência Penal e a Política Criminal. Pois, esta última é muito mais ampla que a primeira e, assim realmente o deve ser para que sejam resguardados os direitos e garantias fundamentais que o Direito Criminal necessita fazer valer. Porque sim, a Ciência Penal não apenas restringe direitos, mas também é responsável por concretizar muitos deles; devendo garantir liberdade e segurança mais amplas e eficazes do que aquelas que poderiam ser atribuídas aos titulares sem sua intervenção (YACOBUCCI, 2015, p.222).

Frente à atual etapa dos fenômenos criminológicos e à expansão do Direito Penal, Sanchez (2001, p.149) defende um retorno ponderado ao liberalismo, ou seja, para uma organização jurídica criminal que tutele os bens jurídicos mais essenciais e com observância dos princípios e garantias constitucionais. Há de se recuperar, portanto, a ideia de Direito Criminal como conjunto de garantias do cidadão em face das intervenções estatais. Amilton B. de Carvalho (2002, p.56) afirma que “a lei é o limite ao poder desmesurado”, e, por isso, sempre vai representar proteção ao mais fraco na relação jurídica; assim, o Direito Penal sempre será, como previsto pelo Mestre Ferrajoli (1999), a lei do mais débil. O que se deve idealizar, portanto, como tentativa de uma efetiva constitucionalização da esfera criminal é a valorização da normatividade (D'AVILA, 2008, p.325-326), num sentido de que esta deve sempre ser o critério primeiro quando da análise das questões criminais. O espaço de atuação da Política Criminal deve sempre ser aquele previamente demarcado pelos postulados constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Entende-se que a Constituição Federal deve ser visualizada com centro de todo o sistema jurídico, atribuindo a este unidade e harmonia, no sentido de que todas as esferas jurídicas estejam voltadas para o atendimento de um mesmo fim: a promoção da dignidade da pessoa humana. Afinal, como ensina Kelsen (2009) em sua teoria dos sistemas, para se considerar que diferentes normas formam um mesmo sistema, ou um ordenamento; a validade de todas elas deve derivar de uma única norma fundamental. Na realidade jurídica brasileira atual, a norma fundamental é a Constituição Federal e ela a responsável por manter a coerência interna entre todos os ramos do ordenamento jurídico nacional. Visualizou-se que esta possui a força normativa necessária para tanto e, é capaz de impor a eficácia dos direitos e garantias fundamentais em todas as áreas de aplicação do Direito.

Observa-se, entretanto, que o Direito Civil, por estar baseado na autonomia da vontade das partes, representa um ramo do Direito mais flexível, o que lhe possibilitou receber com mais facilidade e efetividade os comandos constitucionais. Tamanha tem sido a força constitucional no Direito Privado que o seu fundamento maior na autonomia da vontade foi relativizado para adequar-se às necessidades sociais. O Direito Privado vive um paradigma social, uma constitucionalização e uma horizontalização dos direitos fundamentais; no sentido de que estes foram reconhecidos também como sendo oponíveis

nas relações entre particulares, onde não há intervenção estatal.

Contudo, no Direito Penal, o processo de constitucionalização tem sido um pouco mais árduo e dificultoso em razão do grau de fechamento do sistema penal. Como apontado, é necessário que as normas penais e o próprio código tenham um conteúdo mais fechado e não sejam muito relativizados, para não correr o risco de afetar bens jurídicos irrecuperáveis. Entretanto, com os crescentes movimentos de Política Criminal que tem dado maior abertura ao sistema, há de se buscar um retorno à normatividade, sobretudo à normatividade constitucional. O Direito Penal precisa e pode aprender com o Direito Civil a relativizar seus institutos e conceitos tradicionais dentro dos paradigmas constitucionais. Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar, a seara criminal não deve se ampliar demais e flexibilizar todos os seus preceitos normativos em nome das vontades político-criminais do Estado; mas também não pode se fechar completamente, deixando de se coadunar com a axiologia da Carta Magna.

Reconhecidas, portanto, as dificuldades referentes ao Direito Privado e ao Direito Público; buscase, aqui, ressaltar a importância da aplicação da força normativa da Constituição para atribuir eficácia aos Direitos Fundamentais em todas as áreas da atuação jurídica; bem como para a concretização de um processo de maior unidade valorativa no sistema jurídico como um todo. Entende-se que, visualizando o sistema jurídico como uma grande máquina, todas as peças e engrenagens funcionarão melhor e as funções serão melhores realizadas se os elementos estiverem em equilíbrio e harmonia. Portanto, quebrada a dicotomia e a rivalidade entre direito público e privado, tem-se que o Direito Civil funcionará melhor se estiver constitucionalizado e, também poderá auxiliar para uma melhor aplicação do Direito Penal. Assim como, a seara criminal estará mais apta a defender e efetivar os direitos fundamentais se obedecer aos preceitos constitucionais e, servirá de ajuda para uma melhor realização do Direito Civilista.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, vol.09. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 3ed. Paz e Terra, 1992.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei para que(m)?: In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

D'AVILA, Fabio Roberto. O Direito e a legislação penal brasileiros no séc XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdipucRS, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do Direito: Do Código Penal aos Direitos humanos*. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes Sistemas de Política Criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Tradução Perfecto Andrés Ibanez e Andrea Greppi. Madrid: trota, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2 ed. Belo Horizonte: Delrey, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEAL, Pastora. *Sistemas de Direito*. Belém, 2017. Aula ministrada no Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA, em 21 fev, 2017.

LOCKE, Jhon. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio reflexivo relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Vozes, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, n.65, p.21-32, 1993.

PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luis Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La expansion del derecho penal: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004

SILVEIRA, Michelle Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. IN: COSTA, Judith Martins (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Limites racionales al derecho penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo; SOTO, Rafael Eduardo. *Ciências criminais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Recebido em: 15/10/2017

Aprovado em: 22/02/2018

Como citar este artigo (ABNT):

RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes; RODRIGUES, Alexandra Fonseca. A efetividade da força normativa constitucional numa perspectiva comparada entre o Direito Civil e o Direito Penal. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.127-144, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA E A DEMOCRACIA PARA KELSEN, BOBBIO E FERRAJOLI: UMA CRÍTICA À CONCEPÇÃO PURAMENTE FORMAL

THE LAW'S VALIDITY AND DEMOCRACY FOR KELSEN, BOBBIO AND FERRAJOLI: A CRITICISM ABOUT THE PURELY FORMAL CONCEPTION

Daniela Ruschel Malvasio ¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a crítica feita por Luigi Ferrajoli à concepção puramente formal da validade da norma jurídica e da democracia. De um lado, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e as teorias da avaliação da ciência jurídica e das “regras do jogo” da democracia de Norberto Bobbio, que preconizam que a validade da norma jurídica e a democracia possuem um conteúdo estritamente formal. De outro, a teoria do constitucionalismo de Luigi Ferrajoli, que acrescenta a validade material à validade formal da lei e a dimensão substancial à dimensão formal da democracia, criando um novo paradigma do Direito. A partir desta análise, será possível concluir se a teoria do constitucionalismo de Luigi Ferrajoli supera a teoria formal de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio ou se existe uma convergência e até mesmo uma complementação das teorias, no que se refere à compreensão da validade da norma jurídica e da democracia.

Palavras-chave: Democracia; teoria da avaliação; teoria do constitucionalismo; teoria pura do direito; validade da norma.

ABSTRACT: This article intends to analyze the criticism made by Luigi Ferrajoli to the purely formal conception of the law's validity and democracy. On the one hand, the Pure Theory of Law from Hans Kelsen and the theories of the non-value of the law system and of the “game's rules” of democracy from Norberto Bobbio, that says law's validity and democracy have a strictly formal content. On the other, constitutionalism theory of Luigi Ferrajoli, which adds substantive validity to the formal validity of the law and the substantial dimension to the formal dimension of democracy, creating a new paradigm of Law. From this analysis, it will be possible to conclude whether Luigi Ferrajoli's theory of constitutionalism overcomes the formal theory of Hans Kelsen and Norberto Bobbio, or whether there is a convergence and even a complementation of theories, regarding to understand the law's validity and democracy.

Keywords: Democracy; non-value theory of law; constitutionalism theory; pure theory of law; law's validity.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Delegada de Polícia na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a análise da crítica feita por Luigi Ferrajoli em relação à concepção puramente formal da validade da norma jurídica e da democracia na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e nas teorias da avaliação e das “regras do jogo” de Norberto Bobbio.

Nesse momento, cumpre esclarecer que os conceitos de validade da norma e de democracia podem indicar um conteúdo formal, material ou ambos, o que será demonstrado com a investigação das teorias que explicam essas possibilidades. A teoria garantista de Ferrajoli traz uma dimensão substancial a esses institutos, em contraposição à dimensão unicamente formal das teorias dos outros dois autores referidos.

O tema da validade da norma jurídica e a democracia é relevante dentro do Direito, porquanto a compreensão desses conceitos é fundamental para determinar os demais conceitos da ciência jurídica, bem como para entender o paradigma jurídico de uma época.

Este artigo tem como objetivo demonstrar a importância da discussão acerca dos institutos da validade da norma jurídica e da democracia no Direito, bem como determinar o conceito de validade da norma jurídica na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; identificar a contribuição de Norberto Bobbio para os institutos da validade da norma e da democracia na Teoria Pura, a partir de suas teorias avaliativa e democrática das “regras do jogo”; analisar a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, e verificar como a dimensão substancial do constitucionalismo se contrapõe à concepção puramente formal kelseniana e bobbiana.

Ao realizarmos essa tarefa, será possível concluir se a teoria do constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli supera a teoria formal de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio ou se existe uma convergência e até mesmo uma complementação das teorias, no que se refere à compreensão da validade da norma jurídica e da democracia.

2 A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA E A DEMOCRACIA NA TEORIA PURA DE HANS KELSEN

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1998) apresenta-se como uma teoria geral de Direito e uma teoria do Direito positivo. Seu princípio metodológico fundamental é afastar a ciência jurídica de tudo que não seja seu objeto, que não seja determinado como Direito, com o intuito de responder o que é e como é o Direito.

Para o autor, o Direito “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 1998, p. 04) e, por essa razão, uma das análises que ele realiza em sua Teoria Pura é a da norma jurídica, de onde advém o conceito de validade da norma.

A Teoria Pura do Direito está dividida em Estática Jurídica e Dinâmica Jurídica. A Estática Jurídica se refere ao Direito enquanto sistema de normas postas, de normas positivadas, ao passo que a Dinâmica Jurídica preocupa-se com o Direito em movimento, com a criação e revogação de normas. O seu entendimento sobre a validade e a democracia encontra-se na parte da Dinâmica Jurídica.

Kelsen inicia sua teoria esclarecendo que “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira” (1998, p. 04). Entretanto, o *dever ser* apenas será designado como norma quando o ato possuir o *dever ser* no sentido objetivo.

Todo ato de um indivíduo que age de tal maneira com a intenção de realizar aquele ato por ser devido possui um sentido subjetivo do *dever ser*. É o *dever ser* do indivíduo. Se estiver presente, além da perspectiva do indivíduo que realiza o ato, a perspectiva de um terceiro desinteressado que também enxerga esse ato como uma conduta obrigatória, esse ato possui o *dever ser* também no sentido

objetivo. *É o dever ser* para um terceiro.

No caso em que o *dever ser* ocorre em seu sentido objetivo, Kelsen diz que a norma é válida. A conduta do indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida significa que o indivíduo está obrigado a esta conduta. Se o *dever ser* apenas será designado como norma quando no sentido objetivo e apenas nessa forma será uma norma válida, isso significa que a validade da norma se dá com a sua existência, ou ainda, com a sua “vigência”:

Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra “dever ser” num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. (KELSEN, 1998, p. 07).

A norma ainda precisa de um mínimo de eficácia para ser válida. Para o autor, quando a norma deixa de ser eficaz, ou seja, quando ela nunca é aplicada e respeitada, e essa condição permanece, a norma jurídica não pode mais ser considerada válida. Isso significa que a existência da norma jurídica tem como condição a eficácia.

Ao passar para a parte de sua teoria que trata da Dinâmica Jurídica, Kelsen discorre sobre a validade da norma como sinônimo da existência específica da norma. A validade seria o modo como a norma se apresenta:

Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. (KELSEN, 1998, p. 135).

O fundamento de validade a que ele se refere é extraído da norma fundamental (*Grundnorm*). Para que a norma seja objetivamente válida é necessário inicialmente que a “norma geral” seja válida. Kelsen entende que todos os ordenamentos jurídicos possuem uma norma a partir da qual todas as demais normas são produzidas.

A norma fundamental é figurativamente designada como norma superior e não está posta no sistema jurídico, como a Constituição assim está, mas pressuposta pelo pensamento jurídico. Trata-se de uma fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a um mesmo sistema de normas.

Quando se fala no sistema estático de normas, a conduta determinada pela norma é devida em função de seu conteúdo (quando a norma diz que não devemos fraudar, por exemplo). Dessa norma, é possível deduzir outras normas. E as normas devem ser deduzidas sempre de uma premissa maior, sendo que Kelsen (1998, p. 137) vai além e fala até mesmo em “estar em harmonia com o universo”.

No que concerne ao sistema dinâmico de normas, a norma pressuposta não estabelece o conteúdo de validade das normas, mas determina o seu fundamento de validade. E, conforme referido anteriormente, a validade da norma na Teoria Pura do Direito encontra-se na parte da Dinâmica Jurídica. Nesse contexto, a validade da norma apresenta uma concepção que é puramente formal:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (KELSEN, 1998, p. 138).

A norma fundamental limita-se a instituir a autoridade legisladora e a reger de que forma as

demais normas do sistema podem ser produzidas. Portanto, o conteúdo dessas normas não pode ser deduzido da norma fundamental. A norma pertence a um ordenamento porque é criada a partir de uma norma fundamental e porque sua forma é determinada por esta norma fundamental e não porque possui um conteúdo em conformidade com a norma fundamental. Esta não é a função da norma fundamental.

A Teoria Pura traz o sistema de normas como sendo essencialmente dinâmico, o que significa que uma norma não é válida e, por conseguinte, existente, porque seu conteúdo pode ser deduzido da norma fundamental através de um raciocínio lógico. A validade da norma se dá em razão do fundamento retirado da norma fundamental pressuposta, que possui caráter estritamente formal, eis que a norma fundamental tão somente indica como deve ocorrer a produção de uma norma.

Embora a Constituição não seja entendida como norma pressuposta, eis que seu processo de criação se deu a partir de uma norma fundamental, ela pode conter dispositivos que determinam os processos de criação de normas. Esses comandos indicam o órgão que pode emitir a norma, o direito ao voto e outras questões formais do processo legislativo em si (KELSEN, 1998, p. 139). Aqui se denota a extensão do caráter puramente formal da norma à democracia, pois também o processo democrático é realizado através de normas formais.

Os direitos fundamentais e os direitos de liberdade previstos nas Constituições são considerados direitos políticos para Kelsen. Entretanto, não obstante aqueles constituírem-se de proibições em face do Estado de anular ou limitar direitos, “não consistem no fato de se impor ao órgão legislativo o dever jurídico de não editar tais leis” (KELSEN, 1998, p. 99). Ou seja, exclui-se qualquer limitação material ao processo democrático.

Sobre a invalidade da norma, Kelsen afirma que ela pode ocorrer quando realizado um juízo de valor que contraria a norma jurídica. A conduta fática pode ou não corresponder à conduta prescrita na lei. Se corresponder, o juízo de valor é positivo; do contrário, o juízo de valor é negativo. Aqui o valor é equivalente ao *dever ser*: o valor está para a realidade como o *dever ser* para o *ser*. Exemplificando:

O juízo, segundo o qual é conforme ao Direito punir um ladrão com a pena de morte é falso quando, de conformidade com o Direito vigente, um ladrão deve ser punido com a privação da liberdade, mas não com a privação da vida. Pelo contrário, uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida. (KELSEN, 1998, p. 13).

Ao afirmar que a norma é inválida, o que se pretende dizer é que ela não existe como norma jurídica. O Direito vigente é o Direito existente, e, portanto, válido. O juízo de valor que não corresponde ao Direito vigente não existe no mundo jurídico e, por isso, é chamado de inválido. Dizer que as leis são válidas ou inválidas significa dizer que elas existem ou não existem.

Da mesma forma, ocorre com a lei que contraria a Constituição. Para Kelsen, essa situação é uma contradição, pois o fundamento de validade da lei está na Constituição:

De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. (KELSEN, 1998, p. 188).

Uma lei apenas pode ser “inconstitucional” pelo fato de que será revogada, eis que contrária à Constituição. Enquanto não ocorrer a revogação, será considerada como válida e, na verdade, não poderia sequer ser considerada “inconstitucional”. Ao não considerar seu conteúdo para aferir a validade da norma, esta passa a ser válida apenas formalmente.

A Teoria Pura do Direito não admite decisões jurisdicionais “ilegais” e leis “anticonstitucionais”, pois não existe uma norma contrária às normas em geral. Para Kelsen (1998, p.186), isso seria uma contradição nos termos; a norma jurídica que não foi criada nos termos da norma fundamental não é uma norma jurídica válida, “seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica”.

Por tudo o que foi exposto, não resta dúvidas de que a validade da norma jurídica para Kelsen é sinônimo de vigência ou da existência específica da norma. Por conseguinte, não é possível vislumbrar uma diferença entre os planos da existência e da validade, e, conseqüentemente, não há que se falar na possibilidade de uma norma jurídica ser materialmente inválida. Ainda, este caráter formal também é aplicado à democracia, eis que as normas referentes ao processo democrático são formais.

3 A VALIDADE DA NORMA NA TEORIA AVALORATIVA E A DEMOCRACIA CONFORME AS “REGRAS DO JOGO” DE NORBERTO BOBBIO

Norberto Bobbio, não obstante sua contribuição inovadora em relação à função da norma, reproduz em sua teoria a análise estrutural do Direito feita por Kelsen (BOBBIO, 2007, p. 209). Defende que no positivismo jurídico o Direito é considerado um conjunto de fatos e não uma ordem de valores. A partir dessa abordagem avalorativa, que desconsidera valores, surge uma teoria da validade do Direito pautada unicamente em sua estrutura formal e não em seu conteúdo (BOBBIO, 1995, p. 131).

Para o autor, o Direito é caracterizado pela avaloratividade, possuindo apenas juízos de fato e nenhum juízo de valor, o que significa que o operador do Direito apenas deve “tomar conhecimento da realidade”, não podendo “tomar uma posição frente à realidade”. Com o fim de demonstrar a inexistência de valoração no Direito, são determinados os conceitos de validade e de valor:

A validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade. O valor de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, pela qual esta é conforme o direito ideal (entendida como síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar); dizer que uma norma jurídica é válida ou justa significa dizer que esta corresponde ao direito ideal. (BOBBIO, 1995, p. 136).

Portanto, o positivismo jurídico inclui em seu conceito de lei apenas a validade, como sendo a sua própria existência. O valor não é considerado parte integrante da norma jurídica. Essa teoria avalorativa acaba por excluir da ciência jurídica o direito como valor ou como *dever ser*, tratando o direito como um conjunto de fatos.

Ao reconhecer o Direito apenas como comandos emanados pelo soberano, isso resulta na conceituação de norma válida como sendo a norma criada “num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico” (BOBBIO, 1995, p. 142). Na compreensão de validade da norma jurídica, não é feita referência ao seu conteúdo.

Bobbio entende em relação ao conteúdo da norma jurídica que o Direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis, incorrendo no denominado formalismo jurídico. A concepção formal do Direito considera apenas a sua estrutura formal, *como* o direito se produz e não *o que* ele estabelece (BOBBIO, 1995, p. 145).

Outra questão importante é que a validade da norma jurídica estaria vinculada à definição das fontes do Direito, as quais correspondem aos fatos ou aos atos a partir dos quais surgem as normas jurídicas. A importância de determinar quais são as fontes do Direito é a de que disto depende o estabelecimento da pertinência das normas, em um determinado ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 161).

Por conseguinte, para Bobbio, uma norma só é válida se for produzida a partir de um fato ou de um ato competente para produzir normas jurídicas; a norma jurídica apenas será válida se existir juridicamente. Logo, validade e existência confundem-se na sua teoria avalorativa, assim como ocorre na Teoria Pura do Direito.

No que se refere à democracia, Bobbio defende que ela deve seguir as “regras do jogo”. Com a

finalidade de demonstrar a relevância do respeito às normas e às instituições da democracia, ele acaba limitando a democracia a um conjunto de regras de procedimento para a formação das decisões políticas:

Já tive a oportunidade de dizer, e não me canso de repetir, que quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal, mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia. (BOBBIO, 1986, p. 65).

As “regras do jogo” são o que caracterizam um sistema democrático, especialmente se estas regras forem construídas ao longo do século e positivadas nas constituições. Trata-se de regras formais como aquelas acerca do sufrágio universal, da maioria e das eleições periódicas, por exemplo.

Os direitos “invioláveis” do indivíduo originados do Estado Liberal não seriam as regras do jogo, mas apenas “regras preliminares”, que acabam por realizar o “desenrolar” do jogo, pois devem ser garantidos àqueles que são chamados a decidir (BOBBIO, 1986, p. 20). Não fazem parte, portanto, das regras do processo democrático propriamente dito; apenas dão garantias aos sujeitos que participam desse processo e asseguram o correto funcionamento dos mecanismos procedimentais.

O autor entende que o regime democrático apenas funciona de uma forma correta se o modo de governar for o chamado pelos antigos de “governo das leis”, ou seja, o que hoje podemos traduzir como sendo o governo de leis fundamentais que informam como as leis devem ser elaboradas e não como os governados devem agir. A única forma que se teria de falar em democracia, em contraposição à autocracia, seria caracterizá-la como um conjunto de regras que estabeleçam quais indivíduos podem tomar as decisões coletivas e quais os procedimentos de tomadas dessas decisões.

A validade da norma jurídica indica que a norma faz parte do ordenamento jurídico, não ocorrendo uma divisão entre validade e existência da norma. Em relação à democracia, está caracterizada pelas “regras do jogo”, por regras de procedimento referentes à formação das decisões coletivas.

Consequentemente, conclui-se que a teoria da validade da norma e da democracia de Bobbio segue a mesma linha de pensamento de Kelsen, baseada em uma concepção puramente formal. Tanto a validade quanto a democracia possuem um conteúdo estritamente formal, sendo desprovidas de qualquer cunho material ou substancial.

4 A VALIDADE DA NORMA E A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL NO CONSTITUCIONALISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Após a Segunda Guerra Mundial, os ordenamentos jurídicos da Europa continental passaram a adotar constituições rígidas, de hierarquia superior à legislação infraconstitucional, trazendo em seu bojo um controle jurisdicional de constitucionalidade. Além disso, as constituições incorporaram os catálogos de direitos fundamentais e, a partir dessa mudança, constatou-se a criação de uma dimensão substancial na democracia, o que corresponde a uma dimensão substancial da validade das leis.

A validade das leis passa a ser condicionada à coerência do significado do ato normativo aos princípios estabelecidos pelas normas constitucionais, não sendo mais suficiente a concepção puramente formal da democracia, que tem como condição de validade da lei apenas sua adequação às formas e procedimentos relativos à sua produção.

Observando essas inovações, Luigi Ferrajoli denomina esse momento histórico como constitucionalismo, o qual é, na sua opinião, “a orientação que hoje prevalece na teoria e na filosofia do Direito” (FERRAJOLI, 2015, p. 11). Esse modelo teórico tem como uma de suas premissas a separação da existência e da validade das normas. Resumidamente, nesta teoria, constata-se que

enquanto a existência ou a vigência das normas continua a depender da sua forma de produção, cuja norma de reconhecimento continua sendo o velho princípio da legalidade for-

mal, a sua validade depende também da sua substância ou conteúdo, cuja norma de reconhecimento consiste no princípio de legalidade substancial, que a vincula à coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2015, p.20).

Dessa forma, é possível que a norma exista, pois em conformidade com as normas formais, e, ao mesmo tempo, seja inválida, porquanto em discordância com a Constituição. Cumpre consignar que, para o autor, a invalidade substancial não é uma característica exclusiva das constituições rígidas:

[...] es realmente cierto que el fenómeno de la invalidez sustancial no es propio únicamente de los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas. También en regímenes carentes de constitución o dotados de constituciones flexibles son obviamente inválidos, desde el punto de vista sustancial, los negocios, los pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos, incluso los reglamentos, que tengan significados en contradicción con la ley (FERRAJOLI, 2015, p. 411).

Ferrajoli faz a seguinte classificação dos planos da norma: a) a existência ou vigência; b) a validade formal; c) a validade substancial, e d) a validade *tout court*. Primeiramente, para que a norma possua existência e validade formal, basta que sejam implementados os requisitos formais. Por outro lado, para que tenha validade substancial, deve existir uma coerência do ato normativo com as normas substanciais a ele supraordenadas. Por fim, para que contenha a validade *tout court*, o ato normativo deve ser estar provido de validade formal e de validade substancial (FERRAJOLI, 2015, p. 51).

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que um ato normativo pode ser considerado inexistente se não seguir os requisitos formais exigidos pelas normas que versam sobre sua formação. Em sendo existente, poderá ainda ser considerado inválido, caso não preenchidos outros requisitos, dentre os quais a coerência de seu significado com as normas que preveem a sua produção.

Em suma, para Ferrajoli, no constitucionalismo garantista existe uma divisão entre a existência e a validade da norma, sendo que as condições de validade são forma e substância. No que se refere ao sentido substancial, o Poder Legislativo está sujeito aos limites e vínculos substanciais da Constituição. “É direito válido tudo e somente aquilo produzido por intermédio do exercício dos poderes igualmente subordinados à lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos de seu exercício” (FERRAJOLI, 2015, p. 32).

Seguindo esse raciocínio, a democracia constitucional passa a englobar uma dimensão formal e uma dimensão substancial. A democracia constitucional firmou-se no pós-guerra a partir do constitucionalismo e constitui-se de “um sistema de limites e vínculos substanciais – o princípio da igualdade, a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais – às decisões de qualquer maioria” (FERRAJOLI, 2015, p. 46).

A dimensão formal da democracia nada mais é do que um método de formação das decisões políticas; se refere às regras do processo de tomada de decisões pelo povo, diretamente ou através de representantes eleitos. Ocorre que esta concepção puramente formal da democracia tornou-se insuficiente em face do rumo tomado pelas modernas democracias constitucionais, que tem como fundamento a limitação jurídica do processo democrático aos direitos fundamentais constitucionais.

O constitucionalismo originado da 2ª Guerra Mundial incluiu, portanto, uma dimensão substancial à democracia. As decisões políticas, além de se submeter às regras referentes ao processo democrático, agora também devem ser limitadas em relação ao seu conteúdo. A dimensão substancial impôs às decisões políticas o que Ferrajoli chama de “esfera do não decidível”, que se refere àquilo que não pode ser decidido pela maioria e àquilo que tampouco pode deixar de ser decidido pela maioria.

O que a maioria não pode decidir validamente, ou seja, o que é *indecidível*, é sobre a violação ou a restrição dos direitos de liberdade e de autonomia, enquanto o que a maioria não pode deixar de decidir, ou o *indecidível que não*, é a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos.

Ferrajoli ainda consigna que o resultado da indevida produção de leis inválidas são as antinomias, ou seja, os conflitos de normas, e da indevida omissão relativamente à produção de leis devidas são as lacunas, as ausências de normas. As antinomias serão resolvidas com a anulação das normas indevidamente existentes e as lacunas serão preenchidas com uma intervenção legislativa para a criação das normas inexistentes:

Allí, en el caso de las antinomias y de las lagunas estructurales, en tanto consistentes en vicios, no hay, por el contrario, ninguna posibilidad de solución mediante la simple interpretación: se requiere, en efecto, en caso de antinomia, la anulación de la norma inválida y en caso de laguna, la introducción de la norma faltante; se requiere, en pocas palabras, una decisión que remueva el vicio. (FERRAJOLI, 2015, p. 411).

Conclui-se que o paradigma constitucional modificou as condições de validade da produção legislativa, que passaram a ser formais e também substanciais, e, com isso, alterou ainda o paradigma da democracia. Logo, o Direito informa quais são as condições de validade da norma e quando assim o faz, acaba por influir nas condições políticas.

A teoria do direito define o conceito de validade: “é válida qualquer norma produzida em determinado ordenamento em conformidade e em coerência com as normas formais e substanciais, quaisquer que sejam, sobre sua produção normativa” (FERRAJOLI, 2015, p. 47). Por outro lado, a teoria política da democracia informa quais seriam as formas e os conteúdos democráticos da decisão política, o que inclui as normas da produção normativa.

A partir do constitucionalismo, ao Estado legislativo de direito é acrescida uma dimensão substancial, além da dimensão formal, através de uma positivação em Constituições rígidas. Por conseguinte, surge a democracia constitucional, impondo aos poderes políticos a “esfera do não decidível” e a separação da existência e da validade das normas, permitindo que uma norma formalmente válida seja substancialmente inválida.

5 A CRÍTICA DE LUIGI FERRAJOLI À TEORIA DE KELSEN E DE BOBBIO DA VALIDADE E DA DEMOCRACIA

Com o intuito de defender o acréscimo da dimensão substancial à dimensão formal na validade da norma e na democracia, Ferrajoli faz uma crítica à concepção puramente formal de Kelsen e de Bobbio:

Kelsen, a quem também se deve a teorização da estrutura hierárquica do ordenamento e do controle de constitucionalidade das leis, e após ele Bobbio, identificaram a validade das normas com a sua existência, rejeitando a própria ideia da invalidade substancial das normas de lei em contraste com a Constituição. (FERRAJOLI, 2015, p. 49).

No plano jurídico, esta é a grande diferença entre a teoria de Luigi Ferrajoli e a de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, porquanto estes dois últimos não distinguem a existência da validade da norma e conseqüentemente não admitem a existência de uma norma inválida. Esse pensamento resulta em uma concepção puramente formal, em que a existência de uma norma depende unicamente de requisitos formais, o que acarreta a ausência de uma análise quanto ao seu significado.

Kelsen e Bobbio identificam a validade com a existência. Não relacionam a forma do ato normativo à existência e o significado do ato normativo à validade. Tanto a existência quanto a validade estão condicionadas apenas aos requisitos de forma, não existindo uma invalidade material ou substancial. Os autores “estão unidos por uma concepção unidimensional da validade como “ser”, e não como “dever ser jurídico” do direito, não distinta da existência, a qual por sua vez é necessariamente determinada somente pelas formas da produção jurídica” (FERRAJOLI, 2015, p.54).

Ferrajoli entende que a teoria pura está baseada no paradigma legislativo do Estado de Direito, um

paradigma teórico, em que as normas existem pelo fato de serem produzidas e não deduzidas. Para o autor,

en el Estado legislativo de Derecho, caracterizado por un solo nivel legislativo y, por tanto, íntegramente nomodinámico, el legislador es omnipotente y está vinculado sólo a normas formales, en la democracia constitucional, dotada también de una dimensión nomoestática, el legislador está sometido no sólo a normas formales sino también a normas sustanciales, que puede violar por comisión o por omisión. (FERRAJOLI, 2015, p. 413).

Os referidos sistemas *nomodinâmicos* são caracterizados por Kelsen como sendo os sistemas em que a existência e a validade das normas baseiam-se na sua forma de produção e não em seu conteúdo. No constitucionalismo, o ordenamento é um sistema *nomodinâmico* quando a norma passa a existir; porém, adquire uma dimensão *nomoestática* quando a norma está em dissonância à Constituição, devendo ser removida do mundo jurídico.

Da mesma forma, Kelsen e Bobbio possuem uma concepção puramente formal da democracia:

Assim, pelo isomorfismo que sempre une teoria política e teoria do direito, a concepção deles igualmente formal e processual de democracia consiste em nada mais que o caráter democrático das formas das decisões políticas, ou seja, nas normas – as famosas “regras do jogo”, do sufrágio universal ao princípio da maioria e à separação dos poderes – que disciplinam o “quem” e o “como” da produção normativa. (FERRAJOLI, 2015, p. 54).

Para Kelsen, os direitos fundamentais e os direitos de liberdade são direitos políticos; entretanto, não podem vincular o processo legislativo, enquanto Bobbio entende que o processo democrático é ditado pelas “regras do jogo”, dentre as quais também não se incluem os direitos materiais.

Por fim, o paradigma do constitucionalismo garantista introduzido por Ferrajoli traz uma grande mudança, qual seja, a existência de um direito ilegítimo, a existência de normas inconstitucionais. Kelsen diz que sequer seria possível uma norma inconstitucional, pois enquanto existir, será considerada válida.

Por outro lado, a tese da avaliação da ciência jurídica de Bobbio não se coaduna com a existência de normas constitucionalmente inválidas. Para o autor, “um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade)” (BOBBIO, 1995, p. 237).

Denota-se, em verdade, que o constitucionalismo vem complementar o positivismo jurídico, no sentido de uma posituação não apenas do ser, mas do dever ser do Direito. A validade da norma não depende mais somente de uma condição referente à forma de produção, mas também de haver uma coerência de seu conteúdo em relação à Constituição. Isso significa que a democracia adquire uma dimensão substancial, ou seja, o legislador passa a estar vinculado também aos direitos materiais.

6 CONCLUSÃO

Com a apresentação da Teoria Pura de Hans Kelsen, sob o enfoque metodológico de responder o que é Direito a partir da análise da norma jurídica, foi possível determinar o conceito de validade da norma. Kelsen explica que a validade da norma encontra-se na parte da Dinâmica Jurídica de sua teoria e que se concretiza juntamente com a sua existência. A validade da norma tem como fundamento a norma fundamental pressuposta, de caráter estritamente formal, que indica apenas como deve ocorrer a produção da norma.

Foi possível, ainda, vislumbrar o caráter puramente formal aplicado à norma da mesma forma aplicado à democracia, uma vez que o processo democrático é realizado também através de normas formais; a Constituição contém dispositivos que determinam os processos de criação de normas.

Norberto Bobbio reproduziu a análise estrutural de Kelsen em sua teoria avaliativa, que des-

considera os valores, eis que o Direito é um conjunto de fatos e não uma ordem de valores. Assim, em seu conceito de lei, incluiu-se apenas a validade, considerando como norma jurídica válida a norma que faz parte de um ordenamento jurídico real; validade e existência confundem-se. Portanto, assim como Kelsen, Bobbio considera apenas a estrutura formal do Direito, *como* ele se produz.

No que concerne à democracia, segundo Bobbio, esta deve seguir as “regras do jogo”. No intuito de demonstrar a relevância do respeito às normas e às instituições da democracia, acaba limitando a democracia a um conjunto de regras de procedimento para a formação das decisões políticas.

Com o pós-guerra, as constituições rígidas e de hierarquia superior trouxeram o rol de direitos fundamentais e, com isso, uma dimensão substancial da validade das leis e da democracia. Nesse contexto, o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli passa a considerar a separação da existência e da validade das normas, sendo que as condições de validade são além de forma, também substância.

Em o Direito informando quais são as condições de validade da norma, termina por influir nas condições políticas, e a democracia constitucional passa a englobar uma dimensão formal e uma dimensão substancial.

Com o fim de defender o acréscimo da dimensão substancial à dimensão formal na validade da norma e na democracia, Ferrajoli critica a concepção puramente formal de Bobbio e Kelsen. Por fim, o paradigma do constitucionalismo garantista introduzido por Ferrajoli traz uma grande inovação, qual seja, a existência de um direito ilegítimo, ou seja, a existência de normas inconstitucionais.

Como se pode perceber, a ciência do direito evoluiu de uma visão puramente formal e dedutiva do objeto normativo para uma constatação acerca do conteúdo das normas, o que influenciou tanto a análise estrutural da norma e seu comportamento no mundo jurídico, quanto a democracia.

A Segunda Guerra Mundial foi um marco na teoria do direito, alterando o consenso científico acerca da definição de validade das normas e do processo democrático. Foi criada a figura do direito ilegítimo e ampliado o alcance dos direitos garantidos na Constituição. Como consequência, essas mudanças ultrapassaram a esfera jurídica e atingiram a esfera política, trazendo um grande avanço para democracia.

Ferrajoli nitidamente é influenciado pelas teses normativas de Kelsen e de Bobbio; contudo, inova ao tratar de uma dimensão substancial e da existência de um direito ilegítimo. Isso não significa a superação da concepção puramente formal, mas o que pode ser entendido como uma complementação à Teoria Pura do Direito e à teoria avaliativa. Dessa forma, conclui-se que um estudo sistemático de todas as teorias referidas possibilita a compreensão das mudanças no pós-guerra e as diretrizes que se aplicaram às constantes mutações das constituições modernas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; METAUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade* – uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid; Trotta, 2005.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Ibáñez et al. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. “*Principia Iuris*”: uma discussão teórica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, pp. 393-434, 2008. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASOLD, Luiz Cesar. *Prática da Pesquisa Jurídica*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

SARLET, Ingo. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Recebido em: 02/02/2017

Aprovado em: 20/10/2017

Como citar este artigo (ABNT):

MALVASIO, Daniela Ruschel. A validade da norma jurídica e a democracia para Kelsen, Bobbio e Ferrajoli: uma crítica à concepção puramente formal. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.145-155, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: À PROCURA DE UMA CONTENÇÃO SAUDÁVEL

JUDICIALIZATION OF HEALTH AND OBTAINING HIGH-COST MEDICINES: IN SEARCH OF A HEALTHY CONTAINMENT

Margareth Vetis Zaganelli ¹

Érica Bianchi Piva ²

RESUMO: O presente artigo busca refletir sobre a universalização do direito à saúde no Brasil. Sobre o assunto, o estudo se atém ao fenômeno da judicialização da saúde com enfoque nas demandas por medicamentos de alto custo, utilizando-se do método indutivo baseado na análise de casos que envolvem o tema, assim como na compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto. Preliminarmente, faz-se necessário discorrer sobre o Sistema Único de Saúde: sua organização e funcionamento, para então, adentrar no aspecto da judicialização da política, e conseqüentemente na judicialização da saúde, discorrendo para além de linhas gerais sobre tal fenômeno, apresentando suas implicações e possíveis soluções, de modo a eleger a mediação administrativa, somada, subsidiariamente, ao suporte técnico disponível ao judiciário como a via mais adequada na busca de soluções razoáveis.

Palavras-chave: Judicialização da saúde; mediação; medicamentos de alto custo; núcleo de apoio técnico; políticas públicas.

ABSTRACT: The present article seeks to think on the universalization of the right to health in Brazil. On this subject, the study focuses on the phenomenon of health judicialization focusing on demands for high-cost drugs, using the inductive methodology based on the analysis of cases that involve the subject, as well as in the doctrinal and jurisprudential understanding on the subject. Preliminarily, it is necessary to talk about the Unified Health System: its organization and functioning, then, to enter into the aspect of the judicialization of politics, and consequently in the judicialization of health, discussing beyond general lines about such phenomenon, presenting its implications and possible Solutions, in order to elect administrative mediation, added, in the alternative, to the technical support available to the judiciary as the most appropriate way to find reasonable solutions.

Keywords: Judicialization of health; mediation; high-cost medicines; core technical support; public policy.

¹ Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES) e do Grupo de Pesquisa Direito e Ficção (UFES).

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde, corolário da dignidade da pessoa humana erigida na atual Constituição Federal, está previsto em seu artigo 196 como direito de todos e dever do Estado, cabendo a este sua defesa, promoção e recuperação (FURLAN, 2014).

Contudo, uma vez omisso o gestor do sistema de saúde, a população recorre ao judiciário como *ultima ratio* na tentativa de exigir do ente desidioso a prestação positiva enleada ao direito à saúde individual. Assim a recorrente desídia estatal leva à massiva onda de ajuizamentos de demandas chamada de fenômeno da judicialização da saúde, que por sua vez, indiretamente, compromete as finanças do governo reduzindo sua capacidade de cumprir com suas obrigações, o que leva novamente ao ajuizamento de ações, gerando um ciclo vicioso (CAVALCANTI, 2016).

Nesta vereda, o trabalho busca refletir sobre a universalização do direito à saúde no Brasil. No tocante ao assunto, o estudo se atém ao fenômeno da judicialização da saúde direcionando seu olhar às demandas por medicamentos de alto custo. Para tanto, se utiliza do método indutivo baseado na análise de casos que envolvem o tema, assim como na compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto. *A priori*, faz-se essencial discorrer sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), apresentando seu histórico, organização, funcionamento e fragilidades como meio facilitar a compreensão dos fatores que estão levando o estado ao inadimplemento de suas obrigações fundamentais, para então transcorrer a respeito da judicialização da política e, conseqüentemente, sobre a polêmica da politização das decisões judiciais.

Após tal introdução imprescindível, adentra-se no tema central da pesquisa, momento em que se discorre sobre os aspectos da judicialização da saúde, trazendo à lume o questionamento existente por detrás desses pleitos, ao analisar qual vertente desse direito, individual ou coletivo, deve preponderar na medida em que se aborda acerca dos efeitos decorrentes das decisões concessivas. Posteriormente, vale mencionar as causas que ensejaram esse fenômeno e os casos emblemáticos no Supremo Tribunal Federal (STF), bem como o histórico sobre seus diversos posicionamentos.

Em continuidade, o estudo apresenta as diversas medidas de contenção tomadas tanto em âmbito nacional, quanto em âmbito estadual, com enfoque nas peculiaridades das medidas administrativas adotadas por alguns entes federativos, como os pareceres emitidos por equipes multidisciplinares aos juízes com o objetivo de auxiliar em suas decisões (CASTRO, 2016, p.163).

Nesta esteira, tais estratégias preventivas são analisadas de modo que, no presente estudo se defende a uniformização delas em vez das existentes diversidades, haja vista entender a padronização como um meio facilitador do controle por parte dos órgãos nacionais responsáveis.

2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NO BRASIL: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, ORGANIZAÇÃO E FINANCIAMENTO

Baseado no modelo *beveridgeano* inglês que propõe a universalização dos direitos sociais a ser provida pelo Estado de forma gratuita, o SUS representa uma importante política de inclusão social (BOSCHETTI, 2009; MENDES, 2013).

No Brasil, apesar de atualmente se adotar esse sistema, também é possível o oferecimento do serviço público de saúde pelo setor privado, uma vez que o artigo 24 da Lei 8.080/90 prevê que: “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o sistema poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada” (BRASIL, 1990).

No entanto, nem sempre foi assim, o modelo de saúde pública no Brasil é resultado de uma grande conquista democrática, afinal, somente na Constituição de 1988 que o direito a saúde restou

celebrizado como um direito fundamental (MENDES; BRANCO, 2014 p. 642). Em períodos anteriores, o Ministério da Saúde se restringia às pequenas políticas preventivas, como campanhas de vacinação, enquanto que os tratamentos ambulatoriais para a população indigente ficavam a cargo de instituições filantrópicas. Chamava-se de população indigente os que não contribuíam com a previdência social, uma vez que o sistema de saúde, diferentemente da gratuidade de hoje, era contributivo, centralizado nas mãos da União, e gerenciado pela extinta autarquia federal o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), (NÚCLEO DE SAÚDE DA CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

A jurisprudência classifica o direito fundamental à saúde como uma consequência constitucional indissociável do direito à vida (MASSON, 2016, p. 275). E como forma de garantir o direito à saúde gratuita, integral e universal, o artigo 198 da atual Constituição instituiu o SUS, descrevendo que esse será hierarquicamente constituído, de modo a integrar uma rede descentralizada e regional voltada ao exercício de medidas que vão desde atividades preventivas a procedimentos essenciais (CARVALHO, 2013).

Necessitando de regulamentação, em 1990 foi publicada a Lei 8.080, chamada de Lei Orgânica da Saúde, responsável por dispor sobre a promoção e organização dos serviços de saúde pelo país, ao passo que a regulamentação sobre o sistema de financiamento e repasses intragovernamentais ficou a cargo da lei 8.142/90. Em síntese, conforme consta no artigo 55 do ADCT, o SUS tem como sua base de financiamento os recursos provenientes da seguridade social no percentual de 30% (BRASIL, 1990).

Em 2000, a Emenda Constitucional 29 estipulou que todos os entes devem participar do custeio, fixando os percentuais que cada ente deve destinar aos gastos para com a saúde, bem como o seu reajuste a cada cinco anos por meio de Lei Complementar. Atualmente vigora a LC 141/2012 que prevê os percentuais mínimos de 15% e 12% a serem investidos pelos Municípios e Estados, respectivamente, restando à União, aplicar o valor que fora investido no exercício financeiro anterior acrescido da porcentagem correspondente a variação do PIB (PIVETTA, 2014, p. 10).

Quanto à organização, o SUS conta com um plano pré-definido e um relatório anual de Gestão, em que somente em situações emergenciais pode haver direcionamento de recurso para algo que não esteja previsto no plano. Nesse sentido, a política de fornecimento de medicamentos adotada pelo SUS é organizada por uma lista de medicamentos que cada ente federativo deve elaborar com base na Política Nacional de Governo (PNM) e na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME, os quais devem ser constantemente atualizados pelo Ministério da Saúde (CONASS, 2015).

No âmbito Estadual, a lista que inclui os medicamentos a serem oferecidos pelos SUS é o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), no qual constam os medicamentos de alto valor destinados ao tratamento de doenças raras ou agravadas. Já quanto aos municípios, esses devem elaborar uma relação de medicamentos chamada de REMUME que leva em conta o perfil da população local (LOPES; FRIAS, 2014, p. 30-31).

De acordo com o artigo 19-M da lei 8.080/90, a integralidade do sistema observará o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas(PC/DT), no qual estão previstos os meios de diagnósticos, tratamento de doenças e monitoramento do paciente que faz uso do medicamento fornecido. O PC/DT é essencial à manutenção da logística da gestão e promoção da igualdade e a universalização da cobertura, pois todos aqueles que apresentamos mesmos quadros clínicos têm o mesmo tratamento. Apesar de a padronização ser essencial, o que se verá adiante é que nas demandas judiciais o que se busca é a flexibilização desse sistema, tendo em vista que tal dispositivo não se utiliza da palavra “apenas” para restringir os tratamentos àqueles já previstos no plano (LOPES; FRIAS, 2014, p. 30-31).

No que tange aos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde são eles: a Universalização, que garante o atendimento a todos, sem a necessidade de se comprovar hipossuficiência de recursos para se ter acesso à gratuidade da saúde; a Equidade, que diz respeito às necessidades de cada região; a Integralidade, que corresponde a um conjunto de ações, preventivas, curativas e reabilitatórias

ao paciente; a Hierarquização e Regionalização, em que os serviços ofertados são divididos pelos entes federativos considerando os níveis de complexidade e características geográficas e populacionais, sendo, portanto, a competência material (administrativa) comum entre todos os entes federativos nos termos do artigo 23 da Magna Carta; a Resolubilidade, que diz respeito à capacidade do Estado em atender qualquer que seja o caso; e por fim, a Participação Popular, uma vez que devem existir Conselhos em todos os níveis de governo, compostos de representantes da sociedade (NÚCLEO, 2011).

Todavia, apesar da proposta, o SUS ainda apresenta falhas, principalmente no que tange a Resolubilidade, a julgar tanto pela ausência de instrumentos necessários a certos procedimentos, como pelo atraso na incorporação de novos fármacos (INTERFARMA, 2016, p.9). Nessa esteira, outro grande problema gira em torno do princípio da Cobertura Universal, pois diversa da proposta, a realidade tem mostrado filas intermináveis de espera por atendimento.

3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A noção de Políticas Públicas traz em seu cerne uma conduta ativa por parte do Estado a ser exercida como forma de prestação, que por sua vez, frente à mora obrigacional, pode ser cobrada em juízo pelos sujeitos de direito (BLIACHERIENE; SANTOS; RUBIM, 2017, p.74). Desse modo, a judicialização das políticas públicas compreende questões de cunho social que antes eram debatidas e resolvidas pelos órgãos do Executivo, mas que frente à inércia desse Poder, passaram a ser levadas ao Judiciário, tendo em vista o seu papel de garantidor do efetivo exercício dos direitos fundamentais que lhes é atribuído pela própria Magna Carta ao preconizar a inafastabilidade da jurisdição (BRASIL, 1988).

Questão intrigante é sobre o limite desta jurisdição, pois sobre a legitimidade do judiciário em determinar a execução de uma política pública já instituída não há muito o que se questionar pois aqui o Poder judiciário exercer função política, mas tão somente sua função jurisdicional de dizer e aplicar o direito que lhes é típica. No entanto, poderia esse mesmo poder determinar a implantação de uma política? Aqui se entende que num estado democrático de direito onde o judiciário tem papel imprescindível na garantia da aplicação dos direitos fundamentais seria plenamente legítima tal atuação. Vale mencionar que tal entendimento se mostra em consonância com a concepção de Habermas (1997, p. 249), que defende que o direito vale como meio de controle de comportamento, “a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentais utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico,” além de mencionar que uma jurisprudência constitucional ofensiva, além de ser bem-vinda, é necessária para impelir ações democráticas.

Para Zaffaroni (1995, p.24), a burocracia na aplicação dos direitos sociais somada à produção legislativa motivada pela conveniência política levou ao protagonismo político por parte dos juízes. Diante disso, não se pode olvidar que os julgados trazem traços de decisões políticas, pois além de estipularem as ações nas três esferas de poder, os prováveis reflexos no governo também servem de fundamento para as decisões (BARBOSA, 2012).

Exemplo disso são as modulações dos efeitos das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade em que se consideram as consequências políticas e econômicas para serem estipuladas (ÁVILA, 2016). Ademais, o próprio controle concentrado de constitucionalidade, em si, é um dos exemplos mais fortes de judicialização da política, haja vista, os legitimados a proporem as ações. Contudo, a respeito do alcance político das decisões judiciais, Barroso (2009) defende que:

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Já quanto às causas que levaram à judicialização das políticas públicas, primeiramente, faz-se necessário mencionar que na visão de Bobbio (2004, p.36) os direitos sociais, “se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico” e que apesar de serem constitucionalizados são entendidos como um direito em potencial, cuja aplicabilidade dependeria do órgão legislativo.

Ocorre que, no que toca à aplicabilidade, tal visão perdeu espaço com o Neoconstitucionalismo, movimento teórico jurídico surgido em meados do século XX, como resposta às necessidades de um mundo que passava pelas consequências do fim da Segunda Guerra Mundial (CARBONELL, 2003). Tal movimento que influenciou a atual Constituição de 1988 defende a constitucionalização dos direitos e atribui força normativa às normas constitucionais, em especial as ditas instituidoras de direitos fundamentais. Desse modo, perde força a teoria das normas meramente programáticas, cuja aplicabilidade dependeria de uma norma infraconstitucional por parte do legislador, o que, consequentemente, leva a um Estado constitucional de Direito em detrimento do Estado legal de Direito, ao passo que valoriza a vontade do poder constituinte e diminui o alvedrio do poder constituído. Sendo assim, uma infração às tais normas faz nascer um direito subjetivo (individual ou coletivo) oponível contra ao infrator, seja ele o Estado ou o particular (SILVA, 2004, p.135).

Posto que vários estudos apontam a judicialização da política como sendo um mal que fere o princípio da separação dos poderes, compartilha-se aqui o entendimento de Canotilho (*apud* COSTA, 2012) que no XIX Congresso Brasileiro de Magistrados defendeu a aproximação da política e os tribunais, afirmando que: “é dever dos juízes descobrir o que impede o desenvolvimento das políticas públicas[...]”. À vista disso, agindo o juiz nos limites da lei, entende-se que não há o que se negativar na politização das decisões nem espaço para defesa do discurso de invasão de competências, uma vez que esse tipo de decisão é algo intrínseco quando se adota a constitucionalização dos direitos sociais, que por consequência natural e legítima, o que se tem é o Judiciário cumprindo seu papel de garantidor da Constituição (SCHEIFER; MANDALAZZO; CAMPAGNOLI, 2016).

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: REFLEXOS DOS PLEITOS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NO SISTEMA DE SAÚDE E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

É incontestável o papel do Judiciário na efetivação do direito social à saúde na esfera individual, todavia, segundo Gilmar Mendes, a judicialização da saúde deveria estar concentrada mais nos processos coletivos e menos nos processos individuais, pois dessa forma se estimularia os diálogos institucionais e a igualdade no atendimento (MENDES; BRANCO, 2014, p.642).

Em sentido contrário, o Judiciário encontra-se atravancado de processos individuais cujos pleitos recaem sobre os serviços de saúde pública. Prova disso são os dados constantes em um estudo, que por sua vez, foram extraídos do 12º Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “Justiça em Números 2016/ano base 2015”, que apontam que, à época, tramitavam 200.090 processos em que se pleiteava o fornecimento de medicamentos (SCHULZER, 2016; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Desse modo, a solução mais lógica não seria mais investimentos na incorporação de novos fármacos? *A priori* sim. Todavia, é necessário o extremo cuidado em discernir o lobismo de indústrias farmacêuticas de uma pesquisa séria que mostra resultados. Quanto ao lobismo, o problema vai além de uma simples influência, pois muito se tem falado sobre “a máfia da saúde” e a “mafia dos laboratórios”, que, em outros termos, são médicos agindo em conluio com advogados e indústrias farmacêuticas, que se aproveitam da boa-fé, ignorância e desespero dos pacientes, prescrevendo-lhes, desnecessariamente, medicamentos de alto custo que muitas vezes não estão previstos no cadastro do sistema (LEAL; RITT, 2015).

Uma das soluções apontadas como forma de se evitar a atuação das máfias seria a passagem dos modelos de remuneração de serviço do *Fee For Service*, que é adotado pelo Brasil, para o modelo *DRG*, no qual remunera todo o tratamento em si, já que de acordo com um banco de dados tem-se a média de procedimentos e medicamentos que o tipo de doença pode exigir, dessa forma, se paga previamente por um tratamento completo cujas variações e complicações, que venham a existir, impactam pouco no valor previsto, ao passo que, no primeiro modelo o prestador de serviço é remunerado pela quantidade e não pela qualidade. Assim, com a adoção do modelo *DRG*, evitar-se-iam as intenções de manter o paciente preso ao tratamento sem necessidade (UGÁ, 2012; BESSA, 2011, p. 38).

Contudo, mesmo diante uma causa justa, na qual há a real necessidade do medicamento e a injustificada negativa pelo Estado, ainda assim, deve haver uma ponderação sobre o impacto que a decisão concessiva pode ter na esfera coletiva, em que a procura por caminhos alternativos mais viáveis ao governo sem deixar de lado a eficácia do tratamento deve ser sempre preferida.

A título de exemplo de uma demanda que envolve o fornecimento de um medicamento de alto custo têm-se os casos que envolvem o tratamento de um tipo de câncer na medula óssea por meio da droga chamada Lenalidomida, conhecida por ser utilizada como último recurso quando o tratamento convencional não atende o paciente satisfatoriamente. Contudo, apesar de já ser aprovada por mais de 70 países, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ainda não a registrou, o que impede o seu fornecimento tanto por parte do SUS quanto por parte dos planos (COLLUCCI, 2016).

Ocorre que, com tais casos ou situações semelhantes, o Ministro da Saúde declarou que só no ano de 2016 foram gastos R\$ 730,6 milhões com demandas envolvendo a saúde. E que ao longo de 6 (seis) anos esses custos se somaram na importância de R\$ 3,9 bilhões (PENIDO, 2016).

Além disso, segundo informações fornecidas pelo Ministério da Saúde, somente com os 10 (dez) medicamentos mais caros que foi condenada a fornecer, a União gastou R\$ 957,7 milhões no ano de 2015, enquanto em relação aos outros medicamentos também fornecidos em processos judiciais, o gasto chegou a R\$ 1,2 bilhão, o que corresponde a quase 7% do orçamento previsto para compras de medicamentos e insumos em 2016. Desta lista vale dizer que 8 (oito) deles, apesar de não terem similares no mercado, também não estão dentre os oferecidos pelo SUS enquanto que 3 (três) deles nem foram aprovados pela ANVISA (SOUZA, 2017).

E, baseando-se nesses dados, a Fazenda lança mão do argumento da reserva do possível para se esquivar do fornecimento dos medicamentos. Em síntese, tal princípio prega a limitação da disposição em cumprir os pleitos dos cidadãos uma vez que os recursos públicos são finitos. Esse princípio surgiu na Alemanha com o intuito do Estado se respaldar frente às exigências supérfluas da população (WANG, 2008). Contudo, na Alemanha, diferentemente do Brasil, as condições mínimas de vida digna já são garantidas à população; dessa forma se mostra incabível invocar tal princípio se à frente dele está o princípio do mínimo existencial. Tal posicionamento é compartilhado pelo STJ como se pode visualizar no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1[...] O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não

pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. [...]. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (BRASIL. STJ. 2ª Turma. REsp n.1041197/MS 2008/0059830-7, Rel.: Min. Humberto Martins, 2019).

A grande discussão gira em torno sobre qual esfera de poder estaria mais apta na resolução de determinadas matérias, todavia não há o que se falar em afastamento da tutela jurisdicional, uma vez que é direito resguardado pela Magna Carta. Somente se questiona se as outras esferas de poder não deveriam adotar medidas mais adequadas afim de prevenir casos que possam vir a necessitar de uma drástica condenação judicial e movimentação do aparelho judiciário, haja vista o juiz, normalmente, não possuir conhecimento técnico sobre a matéria, assim como tempo e recursos necessários que lhe permitam mensurar todas as implicações que aquela decisão causará o que, por sua vez, pode levar à desorganização de todo um planejamento financeiro feito pelo ente federativo que tenha sido condenado a fornecer o medicamento de alto custo, desencadeando sistematicamente problemas em vários setores interdependentes (DE CASTRO, 2016, p.2).

Assim, diante dessas situações não se pode falar em decisão fácil nem ética, tendo em vista que um dos maiores debates dos estudos sobre a Ética sempre foi o questionamento sobre a existência de nobreza no ato de sacrificar um em prol da coletividade. A tarefa de sopesar esse tipo de decisão é extremamente árdua e requer um olhar muito além do universo jurídico, cabendo à autoridade, sabiamente, ponderar qual lado será mais agredido com a decisão desfavorável. Todavia, o fato de a solução caber em uma linha e meia, não a faz ser fácil de ser atingida no caso concreto, pois é tarefa árdua vender os olhos com a imparcialidade quando na verdade o que se deve é olhar de perto.

4.1 O posicionamento do STF sobre a judicialização da saúde

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o momento, o STF tem demonstrado posicionamento inconstante diante das causas que envolvem o direito à saúde, fato este que tem contribuído com o aumento do número de demandas, visto que a instabilidade interpretativa sobre o alcance do direito à saúde sustenta os atos discricionários por parte dos gestores públicos. Em verdade, o histórico das decisões mostra que, inicialmente, a tendência era pela concessão dos pleitos, no qual o discurso sobre a reserva do possível não tinha espaço, prova disso é o seguinte fragmento que demonstra a visão do ministro Celso de Mello proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286/RS, em 02 de agosto de 2000:

[...] o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (BRASIL. STF. 2ª Turma. RE 271286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2000).

Adiante, no julgamento da Suspensão de Antecipação de Tutela nº 91, a Ministra Ellen Grace manifestou propensão a considerar a reserva do possível como real impasse para a concessão dos medicamentos, sob o argumento de que o direito à saúde seria um direito de todos e não de um único indivíduo e que se para garantir esse direito na esfera individual fosse ocasionada uma redução nos recursos de forma a prejudicar uma coletividade, então que essa concessão fosse negada. Em consequência a tal posicionamento, os entes federativos que haviam sido condenados passaram a entrar com ação pedindo a suspensão das medidas liminares que haviam concedido os tratamentos de forma individual. Diante de tal efeito, a Ministra demonstrou sua preocupação afirmando que os

pedidos devem ser analisados caso a caso, os efeitos de um não se estenderiam aos outros (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Frente a tal instabilidade jurisprudencial, o Ministro Gilmar Mendes em 2009, presidente do Supremo Tribunal à época, convocou uma Audiência Pública nº 4 que contou com participação de representantes da saúde e membros da sociedade, na qual vários temas pertinentes à concessão de medicamentos por parte do Estado foram debatidos. Na ocasião, conforme as palavras do Ministro, concluiu-se que: “há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que o sistema de Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do SUS é inquestionável, o que permite sua contestação judicial” (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009). E como forma de atender a esta necessidade, em 2011 foi publicada a Lei nº 12.401, que inspirou a instituição da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), responsável por auxiliar o Ministério da Saúde na inclusão de novos fármacos e terapias (MELLO, 2015).

Na mesma ocasião alguns pontos debatidos merecem destaque: como o entendimento majoritário favorável à legitimidade do Judiciário para tomada de decisões de cunho político, e as críticas quanto à sobrecarga do financiamento do sistema sobre os municípios. Nas palavras do presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS): “Vivemos o que se convencionou chamar de prefeiturização do SUS, com a desresponsabilização dos entes federais e estaduais na área da saúde e a sobrecarga nos municípios” (VALLE, 2011, p.13-31; MENDES GIL, 2014, p. 658).

Igualmente relevantes, foram as críticas às condenações solidárias entre os entes. Contudo, a despeito disso, o STF se manteve no sentido de serem a União, os Estados e os Municípios responsáveis no oferecimento da saúde, tendo fixado tal entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário (STF, RE 855178), estando tal entendimento próximo a virar Súmula Vinculante nº 4 cujo texto provisório já foi formulado pelo Ministro Ricardo Lewandowski nas seguintes palavras: “É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes” (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Ainda no tocante à concessão dos fármacos, o Ministro Gilmar Mendes, na referida audiência pública, concluiu que, *a priori*, deve-se observar se o pleito diz respeito a produto que, apesar de previsto na listagem do SUS, não é fornecido: se sim, que o Estado seja condenado a fornecer; se não, o juiz deve analisar se existe tratamento alternativo oferecido pelo SUS que deverá ter prevalência sobre os outros. Ademais, o Estado não estará obrigado a fornecer caso o medicamento ainda esteja em fase de testes. Se valendo dessas conclusões, o referido Ministro, posteriormente, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, cuja decisão de primeiro grau manteve a concessão de um fármaco não catalogado no SUS, cujos custos orçavam em R\$ 52 mil ao mês, indeferiu o pedido de suspensão (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Atualmente a Suprema Corte se vê em meio ao julgamento de dois Recursos Extraordinários emblemáticos, os quais dizem respeito ao fornecimento de medicamentos de alto custo, dos quais, à época, um não constava na lista dos ofertados pelo SUS e o outro não tinha registro na ANVISA (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

O primeiro Recurso de nº 566471 foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte após ter sido condenado a fornecer o medicamento Citrato de Sildenafil, que não estava incluído dentre os previstos no CMDE, a uma senhora que não possuía condições financeiras de comprá-lo. Nesse caso, o Estado alega que a política de fornecimento de medicamentos é subdividida entre os entes de acordo com critérios estabelecidos pela gravidade da doença, e que ao se condenar um município a fornecer algo que é de competência da União causaria uma desorganização no planejamento orçamentário feito pelo ente (DE CASTRO, 2016, p.12).

Já no segundo Recurso de nº 657718, em sentido contrário, o Tribunal de Minas Gerais negou o pedido de fornecimento do fármaco Cinacalcete, que não estava registrado na ANVISA, sob o

argumento de que não existe direito absoluto, e permitir que medicamentos sem registro entrem no país seria praticar descaminho. O defensor público alegou no presente recurso que a demora para o registro poderia custar graves danos à autora (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

No entanto, em ambos os casos houve perda de interesse, no primeiro por ter sido o medicamento incluído na lista do SUS, e no segundo ter havido o registro na ANVISA. Todavia, o relator manteve o julgamento pela repercussão geral do caso para que sirva de paradigma para posteriores casos (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Ocorre que, até o momento, os recursos ainda não tiveram o seu julgamento concluído, haja vista a ocorrência de dois pedidos de suspensão do julgamento, o último motivado pelo pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, ocorrido em 28 de setembro de 2016. Posteriormente o referido ministro veio a falecer e desde então a sessão de julgamento não foi reaberta. Até o momento, os recursos contam com três votos que se mostram bem distintos. Os votantes foram os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, além do relator Marco Aurélio que retificou o seu voto posicionando-se, diversamente do que havia defendido anteriormente, no sentido de que seria possível a importação de medicamentos sem registro da ANVISA, cujos similares aqui também não existam, desde que comprovada a imprescindibilidade e ausência de condições de suportar os encargos financeiros que a sua aquisição causaria ao necessitado. Além disso, comparou tal fornecimento às obrigações de pagar alimento, estabelecendo que dever ser observado o que está previsto no Código Civil sobre o assunto, incluindo o direito de regresso (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Já o Ministro Luís Roberto Barroso ao mencionar em seu voto que ao Judiciário somente caberia condenar o Estado a efetivar suas políticas já implantadas, deixou clara sua posição desfavorável à concessão de medicamentos não incluídos no sistema, salvaguardando os casos que preencham cinco requisitos: carência financeira em suportar os custos do medicamento; ausência de expressa declaração do órgão competente sobre o motivo do não fornecimento; inexistência de similares ofertados; comprovação científica; e por último, inclusão da União no polo passivo, tendo em vista ser responsável pela incorporação dos fármacos (NOTÍCIAS STF, 2016).

Quanto ao Ministro Fachin, este se manifestou no sentido de que o fornecimento dos medicamentos de alto custo teria de estar condicionado a certos critérios, como uma prescrição médica comparando sua eficácia com os outros similares fornecidos pelos SUS, de forma a comprovar que suas peculiaridades são de extrema necessidade. Ademais, defendeu, sabiamente, que o processo coletivo seria a via mais adequada para se requerer o fornecimento de medicamentos, uma vez que atenderia melhor ao princípio da universalidade (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Desse modo, não se tem ainda um posicionamento sólido sobre o assunto, sendo necessário deixar claro que, apesar de em todos os votos os argumentos serem de peso, entende-se aqui o voto do Relator como o mais razoável dentre eles, que como supramencionado: seria possível a importação de medicamentos sem registro ANVISA, cujos similares aqui também não existam, desde que comprovada a imprescindibilidade e ausência de condições de suportar os encargos financeiros que a sua aquisição causaria ao necessitado (PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Inegavelmente, muitas vezes as demandas realmente englobam pretensões desarrazoadas que buscam ora tratamentos com valores aviltantes, ora com eficácia ainda não comprovada, quando não os dois. E seja por desconhecimento ou por desespero, o necessitado move a máquina jurisdicional em sua busca. Contudo, uma vez reconhecida a eficácia do medicamento pleiteado sem que tenha similar no programa de fornecimento do SUS que ofereça a mesma qualidade da qual a vida do paciente depende, entende-se aqui que não resta alternativa ao Estado, a não ser conceder o medicamento, caso contrário seria condenar o requerente à morte. Lembrando que não cabe ao Estado determinar quem morre e quem vive.

4.2 Os núcleos de apoio técnico ao judiciário (nat-jus): auxílio fundamental às decisões judiciais

Tendo em vista a tamanha dificuldade em se chegar à melhor solução para o *boom* da judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) se reuniu com o CNJ para discutir o problema. Nesta conferência, algumas impressões por parte dos representantes do judiciário foram expostas, e para melhor compreensão do que se aduziu até aqui, nada melhor que as palavras do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) Renato Dresche, e do juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba Marcos Salles, respectivamente (ROSA, 2016, p. 13):

[...] O juiz não tem capacidade de dizer se determinado atendimento é ou não integral. Esse é o impacto social e cabe ao Estado dizer o que é integral... “Os secretários precisam informar aos juízes quando houver incapacidade de cumprir determinada decisão e demonstrar quais são as dificuldades que existem na gestão, porque nós não temos essas informações facilmente disponíveis[...]
[...] cada magistrado tem uma visão microindividual do processo e assim como qualquer profissional de saúde não quer ter em sua consciência a culpa por um óbito[...]
(ROSA, 2016, p. 13).

Diante disso, é irrefutável a imprescindibilidade do respaldo técnico às decisões judiciais, obtidos por meio de avaliações realizadas pelos órgãos especializados sobre todos os elementos e condições biológicas inerentes à patologia, de modo que não se coloque a prescrição médica como algo inquestionável, pois não raras as vezes, o médico é ludibriado pelo *marketing* das indústrias farmacêuticas que o induz a prescrever medicamentos rotulados como inovadores, quando na verdade não apresentam nenhum acréscimo terapêutico com relação aos já colocados no mercado.

Pensando nisso, o CNJ emitiu a Resolução nº 107/2010 que criou o Fórum Nacional, com a função de monitorar as demandas judiciais, elaborar estudos e propor medidas concretas. Posteriormente, apesar do importante papel do Fórum, vislumbrou-se em 2016, com a Resolução nº 238 do CNJ, a necessidade da criação de comitês com a função de auxiliar os tribunais a instituir os chamados Núcleos de apoio técnico ao judiciário (NAT-JUS), que são compostos por profissionais da saúde com o dever de emitirem pareceres sobre os casos levados ao Judiciário, de modo que se avalie a real necessidade sobre os medicamentos e demais tratamentos. Com isso, o CNJ tem por intenção formar um banco de dados contendo todos os pareceres, que ficará à disposição dos magistrados para os futuros casos semelhantes (BRASIL, 2016). Vale mencionar também que a Resolução 238 do CNJ determinou que nas comarcas ou seções judiciárias onde houvesse mais de uma vara da fazenda pública, uma delas deveria se especializar em demandas referentes à saúde.

Nesse propósito, no dia 27 de março deste ano, o Fórum nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ se reuniu com o fim de elaborar os formulários que serão utilizados pelos juízes e emitidos aos NAT-JUS, restando a estes responderem por nota técnica em até 72 horas (BRASIL, 2017).

5 AS DIVERSAS SOLUÇÕES ADMINISTRATIVAS ADOTADAS PELOS ENTES FEDERATIVOS: SUA PADRONIZAÇÃO COMO MEIO EFICAZ NA BUSCA PELA DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Apesar da grande importância do NAT-JUS, o programa não impede que a demanda seja proposta, haja vista somente atuar quando a ação já está em curso. Visando então reduzir o número de ajuizamentos, em uma estratégia preventiva, alguns Estados-Membros decidiram investir em outras formas para conter a judicialização, como as Câmaras de litígio de Saúde no Estado do Rio de Janeiro, em que pessoas insatisfeitas com o SUS levam suas reclamações e tentam solucionar o problema administrativamente. A principal atuação das Câmaras reside na inserção do paciente no SUS e no

diálogo junto ao médico, na intenção de que sejam adotados tratamentos similares que estejam dentre os disponíveis no sistema (CASTRO, 2016, p.163).

Não obstante o objetivo ser o mesmo, alguns entes federativos apresentam certas peculiaridades no que tange ao método adotado para conter a judicialização da saúde. Nesse sentido, o Estado de São Paulo e o Distrito Federal, se destacam. Em São Paulo a aposta é no termo de cooperação assinado pela Secretaria de Saúde, Ministério Público, Tribunal de Justiça e Defensoria Pública, que estabelece um protocolo de fluxo de triagem composto por uma equipe que avalia as prescrições médicas antes do paciente ajuizar a ação, ocasião em que são apresentadas terapias similares fornecidas pelo sistema ao médico e ao paciente que juntos tentam chegar a um acordo sem litígio (PIERRO, 2017).

Quanto ao Distrito Federal, a Secretaria de Saúde em parceria com a Defensoria Pública, em 2013, instituiu a Câmara Permanente Distrital de Mediação (Camedis), que busca dirimir os conflitos envolvendo o direito à saúde de forma consensual e extrajudicial, de modo que a própria Defensoria Pública passou a procurar a Camedis como forma de se evitar o litígio judicial, informando que até o ano de 2015 cerca de 80% dos casos levado às Camedis não tiveram prosseguimento na justiça (BRASIL, 2015). Diante disso, pode-se arriscar dizer que as Camedis são exemplos dos chamados Núcleos de Mediação Sanitária, onde os conflitos advindos das relações entre os usuários e o sistema de saúde são resolvidos dentro do próprio sistema sem chegar ao judiciário (DELDUQUE, 2015, p. 512).

Todavia, a prática da mediação dentro da estrutura do Judiciário para lidar com esses tipos de casos não diminui sua eficácia no combate a judicialização, pois segundo CAPPELLETTI (1988, p. 26), a mediação propicia a participação das partes nas decisões além de preservar as relações existentes.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo demonstra traços de preocupação com esta questão, quando no ano de 2015 instituiu as Câmaras de Saúdes que contam com trabalho de mediadores especializados na resolução de conflitos que envolvam o direito à saúde (PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

Nesta esteira, outra prática que merece ser mencionada é o programa “O SUS Mediado” implantado em 2012 pelo Estado do Rio Grande do Norte em parceria com a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Geral do Município de Natal e a Secretaria de Saúde do Município de Natal (BRASIL, 2016).

Tal iniciativa tem por objetivo as soluções advindas das decisões tomadas em conjunto numa Câmara de Conciliação composta por um defensor público, um representante da Procuradoria, um médico e um farmacêutico que se encontram semanalmente. Nestas Câmaras ocorre não só a análise dos casos, mas também discussões sobre o funcionamento das políticas públicas. Tal projeto já foi copiado pela cidade de Porto Velho, Rondônia, em 2016, que, mesmo nesse curto período de atuação, já atendeu 810 pessoas, e 90% desses casos não tiveram prosseguimento na justiça; logo, evitou-se que 710 casos fossem judicializados (MORAIS, 2017).

Portanto, pelo exposto, observa-se que quanto aos métodos de solução administrativa, estes estão a cargo da discricionariedade de cada ente. Todavia, entende-se aqui, que a padronização das políticas preventivas adotadas por todos os entes federativos seria mais eficaz no combate a judicialização, de modo que se facilitaria o controle tanto por parte do Conselho Nacional de Justiça quanto pelo Ministério da Saúde, estipulando metas a serem cumpridas, haja vista o termo cooperação assinado entre tais órgãos, mencionado anteriormente.

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos apresentados, as demandas que envolvam a implantação ou cumprimento de políticas públicas, como a saúde, continuarão a crescer proporcionalmente à omissão dos gestores. Diante disso é papel do judiciário atuar quando o Estado não atua por vontade própria. E por todo o exposto, nota-se que o Judiciário brasileiro tem demonstrado preocupação em relação ao fenômeno da judicialização da saúde, tendo tomado diversas medidas, para que se oportunize a melhor solução. Ocorre que, como demonstrado, anteriormente, os Estados ou estão contando com práticas preventivas, na quais residem as soluções administrativas, ou remediadoras, como o auxílio técnicos aos juízes, quando o mais efetivo seria unir ambas as práticas em todos os Estados de forma padronizada.

Nesse sentido, conclui-se no presente estudo que as políticas de combate à judicialização da saúde devem ater-se às práticas que reduzem a quantidade de casos que chegam ao judiciário, utilizando-se da técnica da mediação extrajudicial a correr, preferencialmente, dentro da própria estrutura do sistema de saúde com a atuação conjunta dos profissionais da saúde, da Defensoria Pública e do Ministério Público, na qual o necessitado colaboraria diretamente na tomada de decisão.

E considerando que, eventualmente, não se obtenha êxito no âmbito administrativo e a ação venha a ser ajuizada, deve o juiz ter, agilmente, à sua disposição os pareceres técnicos emitidos pelos NAT-Jus, uma vez que estes são imprescindíveis quando se quer garantir a decisão mais adequada que tanto confira um tratamento eficaz ao autor, quanto impacte o menos possível os cofres públicos, de modo que o auxílio a um indivíduo não propicie o desamparo à coletividade.

REFERÊNCIAS

Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA). *A contribuição da interfarma nas doenças raras: Audiência Pública - CSSF "Debater doenças raras, dificuldades no acesso ao tratamento e a judicialização sob a ótica do paciente"*. 20 out. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/arquivos-de-eventos/audiencia-publica-20-10-2016-tarde/ap-20-10-2016-tarde-maria-jose-delgado-fagundes-interfarma>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim*. *Direito do Estado*, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BARBOSA, Stefânia Maria de Queiroz; KOZICK Kátia. Conflito entre Poderes e ativismo judicial. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. *Rev. direito GV*, São Paulo, v.8, n.1, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003>. Acesso em: 04 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n 18, p.1-22, Abr./maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BESSA, Ricardo de Oliveira. *Análise dos modelos de remuneração médica no setor de saúde suplementar brasileiro*. 2011. 107 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas). Escola de

Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8151/61090100005.pdf?sequence=>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BLIACHERIENE, Ana Carla; DOS SANTOS, José Sebastião; RUBIM, Thiago Freitas. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.31, p.66-82, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/02/DIR31-05-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BOBBIO, Norberto. *1909. A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed, 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade Social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. IN: Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais – Brasília: CFESS/ABEPSS. (Publicação: Conselho Federal de Serviço Social – CFESS, Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social. V. 1) Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.egem.org.br/arquivosbd/basico/0.505783001251746904_ivanete_boschetti_unidade_i.pdf> Acesso em: 13 abr. 2017

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Ato Administrativo. Resolução Nº 238 de 06/09/2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>> Acesso em: 05 de abr. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016 ano base 2015*. Departamento de pesquisas judiciárias, Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros.>>. Acesso em: 8 abr. 2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. de 2017.

BRASIL. Lei 8.080, de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Lei 8.080, de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp n. 1041197 MS 2008/0059830-7, Relator: Ministro: Humberto Martins, Segunda Turma, 16 set. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6909418/recurso-especial-resp-1041197-ms-2008-0059830-7-stj/certidao-de-julgamento-12701280>>. Acesso em: 6 de abril. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Dever do Estado de Fornecer Medicamentos: Direito à Saúde e Análise do Caso Concreto (Transcrições)*. Informativos STF. Brasília. 4 a 8 jun. 2007 – N.º 470. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo470.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Brasília, 24 nov. 2000. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 RG / Relator: Min. Luiz Fux, Plenário, Brasília, 16 mar. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>> Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 25 jun. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 15 jun. de 2017.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm. Acesso em: 16 jun. de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 15 jun. de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 13 jun. de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel *et al.* Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. São Paulo *Estud. av.* v. 27, n.78, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CASTRO, Emmanuelle Konzen. A judicialização da saúde e as formas alternativas de resolução de conflitos. In: II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: Precedentes Judiciais, judicialização da política e ativismo judicial. v 3. *Anais...* Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p, 163. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/5595888ae4b0f75fd292e2d6/t/584e292e4402438586a05193/1481517381720/_DCFP2015_V03.pdf#page=154. Acesso em: 13 abr. 2017.

CAVALCANTI, Hylda. Com mais ações por remédio e hospital, STF entra no debate da judicialização da saúde: Aumento do número de casos, aliado à insuficiência do atendimento da rede pública levou Supremo a incluir parte dos processos no chamado instrumento de “repercussão geral”. *RBA, Rede Brasil Atual*. 19 set. 2016. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2016/09/perto-de-400-mil-processos-reivindicando-questoes-na-area-de-saude-tramitam-no-pais-3238.html>. Acesso em: 16 fev. 2018.

COLLUCCI, Cláudio. A droga para tratar câncer raro está há oito anos na fila de liberação. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 7 dez. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/12/1839052-droga-para-tratar-cancer-raro-esta-ha-oito-anos-na-fila-para-liberacao.shtml>. Acesso em: 4 abr. 2017

COSTA, Priscyla. Relação entre poderes. Canotilho defende aproximação entre política e tribunal. *Consultório Jurídico*. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-nov-16/canotilho_defende_aproximacao_entre_politica_tribunal. Acesso em: 10 abr. 2017.

DE CASTRO, Alessandra Rodrigues. *Os limites à atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à saúde: judicialização e fornecimento de medicamentos*. 2016. 47 f. Monografia (Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional). INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL. Brasília, 2016. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2195/Monografia_Alessandra%20Rodrigues%20de%20Castro.pdf?sequence=2. Acesso em: 18 fev. 2018.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo, Vazquez. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde. *Rev. Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p.506-513, ABR-JUN 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>. Acesso em: 11 maio 2017.

DISTRITO FEDERAL. Defensoria Pública. *Defensoria consegue evitar a judicialização de 11 casos de saúde em apenas um dia*. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/?p=21771>> Acesso em: 09 maio 2017.

FURLAN, Bruna. Artigo 196 da Constituição Federal: Direito à Saúde, um direito fundamental. *Saúde e Direito sem Fronteiras*. 29 jan. 2014. Disponível em: <<http://saudedireito.org/2014/01/29/artigo-196-da-constituicao-federal-direito-a-saude-um-direito-fundamental/>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*, v. I. Tradução: Flávio Beno Siebenichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. A judicialização da Saúde e as práticas corruptivas. II Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito. *Edunisc*. 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/viewFile/13241/2398>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

LOPES, Nairo; FRIAS, Lincon. A política pública de medicamentos e sua judicialização. *Caderno de Estudos Interdisciplinares*, Minas Gerais, v.1, n.1, p. 30-31, jul-dez. 2014. Disponível em: <<https://publicacoes.unifal-mg.edu.br/revistas/index.php/cei/article/view/301/pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

MASSON. Nathália. *Manual de direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELO, Francisco Armando *et al.* (Orgs) *Assistência Farmacêutica no SUS*. Coleção para entender a Gestão NO SUS 2011, Atualização 2015. 1ª ed. Vol. 7. Copyright 2015 Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/atualizacao-2015/L07_Assis-Farmacutica-no-SUS_jun2015.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

MENDES, Eugênio Vilaça. 25 anos do Sistema Único de Saúde: resultados e desafios. *Estud. Av.* São Paulo, v.27, n.78, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200003>. Acesso em: 28 abr. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MORAIS, Hosana. SUS Mediado atende 810 pessoas e reduz 90% dos processos de saúde. *G1 RO*. Rondônia. 9 jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2017/01/sus-mediado-atende-810-pessoas-e-reduz-90-dos-processos-na-saude.html>>. Acesso em: 12 maio 2017.

NÚCLEO De Saúde Da Consultoria De Orçamento E Fiscalização Financeira Da Câmara Dos Deputados (CONOF/CD). *A SAÚDE no Brasil: História do Sistema Único de Saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000. Nota Técnica nº 10, de 2011 – CONOF/CD*. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

PENIDO, Alexandre. “Ações judiciais impactam em até R\$ 7 bilhões no SUS”, diz ministro. *Portal da Saúde, SUS*, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25275-ministro-da-saude-fala-sobre-impacto-de-acoes-judiciais-no-sus>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

PIERRO, Bruno. Demandas Crescentes. Parcerias entre instituições de pesquisa e a esfera pública procuram entender a judicialização da saúde e propor estratégias para lidar com o fenômeno. *Rev. Pesquisa Fapesp*, São Paulo, ed. 252, fev. 2017. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2017/02/10/demandas-crescentes/>>. Acesso em: 09 maio 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Livro eletrônico)

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Laudo para ajudar juizes em causas de saúde começa a ser usado em maio*. Brasília, 29 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84538-lau>>

- do-para-ajudar-juizes-em-causas-de-saude-comeca-a-ser-utilizado-em-maio>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mediação em demandas de saúde devem reduzir processos no TJES*. Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80941-mediacao-em-demandas-de-saude-deve-reduzir-processos-no-tjes>>. Acesso em: 13 abr. 2017.
- PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Prática da mediação é adotada para conter a judicialização da saúde no DF*. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79356-pratica-da-mediacao-e-adotada-para-conter-a-judicializacao-da-saude-no-df>>. Acesso em: 09 maio 2017.
- PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema dará respaldo técnico a juízes em decisões sobre demandas de saúde*. Brasília, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Federal. Palestrantes criticam a concentração dos gastos de saúde pública nos municípios*. Brasília, 28 abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106939>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pauta de julgamentos previstos para a sessão plenária desta quinta-feira (12)*. Brasília, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303868>>. Acesso em 29 abr. 2017.
- PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Brasília, 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 abr. 2017.
- PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde*. Brasília, 19 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>>. Acesso em: 27 abr. 2017.
- PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas*. Brasília, 2 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69197>>. Acesso em: 27 abr. 2017.
- PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial*. Brasília, 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>>. Acesso em 21 abr. 2017.
- RIO GRANDE DO NORTE. *SUS Mediado*. Defensoria Pública do Rio Grande do Norte, Gabinete, Natal, 1 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARGET=7195&ACT=&PAGE=0&PARM=&LBL=Programas>>. Acesso em 12 maio 2017.
- ROSA, Tatiane. CONASS e Conselho Nacional de Justiça debatem a questão das ações judiciais na saúde. *Revista Consensus*, Ano 6, n 19, abr, maio, jun 2016. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_19.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.
- SCHEIFER, Camila E; MANDALOZZO, Silvana S. N.; CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima P. F. Judicialização da política no Brasil: o poder judiciário como guardião dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 158 – 172, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/viewFile/396/271>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- SCHULZER, Clenio Jair. *Novos números sobre a judicialização da saúde*. Empório do Direito. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 8 abr. 2017.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. 3 triagem, São Paulo: Malheiros. 2004.

SOUSA, Marcelle. Gastos com remédios mais pedidos na justiça para o SUS é de quase 1 bi. *UOL Notícias*. 6 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Sistemas de alocação de recursos a prestadores de serviços de saúde – a experiência internacional. *Rev. Ciênc. Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v.17, n. 12, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001200028>. Acesso em: 10 abr. 2017.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, feb. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

WANG, Daniel WeyLiang. Escassez dos recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Rev. Direito GV*, São Paulo, 8, Jul-Dez 2008. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/escassez-de-recursos-custos-direitos-reserva-possivel-jurisprudencia-stf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

Recebido em: 05/07/2017

Aprovado em: 13/02/2018

Como citar este artigo (ABNT):

ZAGANELLI, Margareth Vetis; PIVA, Érica Bianchi. Judicialização da saúde e a obtenção de medicamentos de alto custo: à procura de uma contenção saudável. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.156-172, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-10.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.





Quem se prepara, não para.